

N° 452471

Syndicat national de l'environnement FSU

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 21 mars 2022

Lecture du 12 avril 2022

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

Le présent recours pour excès de pouvoir pose la question de savoir si **une autorité administrative autre que ministérielle peut se voir confier le recrutement, la nomination et la gestion d'agents qui ne sont pas affectés dans les services placés – directement ou indirectement – sous son autorité ?**

1. En l'occurrence, le litige s'inscrit dans le périmètre de la création au 1^{er} janvier 2020 de l'Office français de la biodiversité (OFB), établissement public issu de la fusion de l'Agence française de la biodiversité (AFB) et de l'Office national de la chasse et de la faune sauvage (ONCFS).

Le syndicat national de l'environnement FSU conteste le refus d'abroger les articles 5 et 11 du décret n° 2020-620 du 22 mai 2020 relatif aux agents techniques et aux techniciens de l'environnement, en tant que ces dispositions ont confié au directeur général de l'OFB la compétence pour nommer et gérer (et le cas échéant recruter), à compter du 1^{er} janvier 2022, les agents de deux corps de catégorie C qui relevaient jusqu'alors du ministre de l'environnement :

- d'une part, les agents du corps des agents techniques de l'environnement (ATE), régi par le décret n° 2001-585 du 5 juillet 2001, qui est par ailleurs placé en voie d'extinction par le décret du 22 mai 2020 ;

- d'autre part, les agents du corps des techniciens de l'environnement (TE), régi par le décret n° 2001-586 du 5 juillet 2001, dans lequel sont progressivement intégrés les agents techniques de l'environnement.

Le dossier ne fournit pas de données très précises sur les effectifs concernés mais la ministre de la transition écologique indique, dans son mémoire en défense, que si les membres de ces deux corps n'exercent pas leurs fonctions exclusivement au sein de l'OFB, c'est le cas pour la plupart d'entre eux (86 %) tandis que 14 % des agents sont affectés au sein des parcs

nationaux.

Les articles 5 et 11 du décret du 22 mai 2020 sont des quasi-miroirs. En tant qu'ils sont critiqués, ils touchent chacun à l'article 2 respectif des deux décrets du 5 juillet 2001, pour y introduire deux alinéas similaires, le premier prévoyant que les agents de ces corps sont affectés dans les services placés sous l'autorité du ministre chargé de l'environnement et au sein des établissements publics placés sous sa tutelle, le second énonçant que les membres du corps sont recrutés, nommés et gérés par le directeur général de l'Office français de la biodiversité (la seule différence étant que le mot « recrutés » ne figure évidemment pas dans le texte applicable au corps mis en extinction).

Précisons enfin, dans ce qui devient une cascade légistique un peu complexe, que lesdits décrets du 5 juillet 2001 ont très récemment été de nouveau modifiés par le décret n° 2022-340 du 10 mars 2022, entré en vigueur le 14 mars dernier, qui a scindé les articles 2 de ces deux décrets en un article 2 et un article 2-1, le premier reprenant ce qui était le premier alinéa et le second reprenant ce qui était le deuxième alinéa, mais sans que la substance de ces dispositions ne soit modifiée.

Nous estimons donc que le présent litige n'a pas perdu son objet puisque si, en principe¹, il n'y a plus lieu de statuer sur un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un refus d'abrogation d'un acte réglementaire lorsque l'administration procède en cours d'instance à l'abrogation demandée, vous dérogez à cette règle dans l'hypothèse où l'autorité administrative reprend, dans un nouveau règlement, les dispositions qu'elle abroge, sans les modifier ou en ne leur apportant que des modifications de pure forme (Section du 5 octobre 2007, *Ordre des avocats au barreau d'Evreux*, n° 282321, p. 411). Vous êtes bien dans ce dernier cas de figure.

2. Nous pouvons donc en venir au premier moyen de la requête, qui ne vous retiendra guère. Il est tiré de ce que le refus d'abroger est illégal dès lors qu'il ne précise pas les conditions de droit et de fait qui en constituent le fondement.

Ce moyen est inopérant – non pas, comme l'indique le ministre en défense, en application de votre jurisprudence d'Assemblée *CFDT Finances* qui concerne l'inopérance des vices de forme affectant l'acte réglementaire dont l'abrogation est demandée, et non le refus d'abrogation lui-même – mais parce que la décision rejetant la demande d'abrogation des dispositions du décret réglementaire² du 22 mai 2020 a elle-même un caractère réglementaire (CE 12 juin 1968, *P...*, n° 71395, T. p. 899 ; CE 26 novembre 2012, *G...*, n° 356105, p. 389).

Or, ni les dispositions des articles L. 211-2 et L. 211-3 du code des relations entre le

¹ Voir CE 27 juillet 2001, *CAMIF*, n° 218067, p. 401 ; CE 30 décembre 2002, *Confédération nationale des syndicats dentaires*, n° 238032, T. pp. 609-881

² Pour les décrets non réglementaires, vous seriez compétents en raison de la nature de l'acte lui-même – cf. Section 30 novembre 1990, *Association Les Verts*, p.339

public et l'administration, qui s'appliquent aux décisions individuelles, ni aucune autre disposition ni aucun principe n'imposent la motivation d'une telle décision (voir, pour un exemple récent : CE 5 juillet 2021, *Association La Quadrature du Net et autres*, n° 433539, inédit).

3. Le moyen suivant est plus délicat, en tout cas par les questions qu'il pose.

Le syndicat requérant soutient que les dispositions du décret du 22 mai 2020 sont entachées d'incompétence, dès lors que la loi du 24 juillet 2019 portant création de l'Office français de la biodiversité, aujourd'hui codifiée aux articles L. 131-8 à L. 131-17 du code de l'environnement, ne comporte aucune autorisation pour attribuer au directeur de cet établissement public le pouvoir de recrutement, de nomination et de gestion de l'ensemble des agents membres des deux corps régis par ce décret.

A vrai dire, si vous preniez le moyen au pied de la lettre, vous n'auriez pas grand mal à l'écarter car, même si nous admettons que les dispositions du code de l'environnement ne confèrent par elles-mêmes aucun pouvoir particulier au directeur de l'OFB en matière statutaire, il reste que tel n'est de toute façon pas leur objet, ce qui rendrait le moyen inopérant, la base légale des textes réglementaires en la matière n'étant pas à chercher dans ces dispositions, mais plutôt dans le principe qui était exprimé à l'article 13 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, désormais repris par l'article L. 411-2 du code général de la fonction publique selon lequel : « *Le recrutement et la gestion des fonctionnaires au sein de chaque corps ou cadre d'emplois peuvent être, selon le cas, déconcentrés ou décentralisés.* »

Or, sous cet angle, la question de savoir si le Premier ministre, en attribuant au directeur de l'OFB un pouvoir de nomination et de gestion des membres de corps de fonctionnaires de l'Etat affectés dans d'autres établissements publics que le sien, est allé au-delà de ce que la loi lui permet en matière de « déconcentration », est loin d'être évidente.

Sauf erreur de notre part et aussi surprenant que cela puisse paraître, vous n'avez du reste jamais vraiment pris position sur ce point. Il est vrai que cela peut s'expliquer par le fait que le pouvoir réglementaire peut assez légitimement répugner à l'idée d'attribuer la gestion d'agents à une autorité administrative dépourvue, au moins partiellement, d'autorité hiérarchique sur ces derniers.

Nous devons vous avouer que, pour notre part, cette bizarrerie statutaire nous a un temps ébranlé mais, à la réflexion, nous croyons qu'en procédant comme il l'a fait, le Premier ministre n'a méconnu aucune règle de compétence.

En effet, si, en vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi définit les « *garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires* », ni le Conseil constitutionnel ni vous n'avez

jamais estimé que ce principe faisait obstacle à ce que les statuts particuliers des corps de fonctionnaires soient édictés par décret en Conseil d'État. Il nous semble que c'est même d'ailleurs là tout le sens de la combinaison des articles 20 et 21 de notre Loi fondamentale, selon lesquels « *le Gouvernement dispose de l'administration* » et le Premier ministre « *exerce le pouvoir réglementaire* ».

Au niveau législatif, la généralité des termes retenus par la loi de 1983 et confirmés par le nouveau CGFP paraît justifier, ou en tout cas ne pas s'opposer à, une conception large de la déconcentration des actes de gestion des agents. Rien dans la loi n'implique en effet la nécessité d'un lien entre autorité hiérarchique et autorité de gestion.

Dans ce cadre, rien ne nous semble donc faire obstacle, sur le terrain de la hiérarchie des normes, à ce que le Premier ministre délègue au dirigeant d'un établissement public le pouvoir de prendre des actes de gestion concernant les membres de divers corps de fonctionnaires.

Le grief d'incompétence peut donc être écarté.

Est-ce pour autant à dire que cette faculté peut s'exercer à l'entière discrétion du pouvoir réglementaire ?

Nous ne le pensons pas et croyons au contraire – même si les moyens dont vous êtes saisis ne vous permettront peut-être pas de l'affirmer aussi clairement que cela serait souhaitable – que, saisis d'un moyen critiquant la légalité interne d'un tel rattachement, vous pourriez exercer un **contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation** afin d'éviter toute construction aberrante.

Dans cette perspective, l'administration ne pourra donc pas prendre votre décision comme un blanc-seing lui permettant toutes les fantaisies statutaires. Au contraire, il lui appartiendra, au cas par cas, de justifier que l'attribution des pouvoirs de nomination ou de gestion d'un corps à telle ou telle autorité administrative répond à des motifs de bonne gestion. Selon nous, il lui reviendra en particulier, dans les hypothèses similaires à celle qui vous occupe aujourd'hui, d'établir que l'autorité de gestion est effectivement en mesure d'exercer la mission confiée, au regard notamment des moyens qui sont les siens ou de l'organisation administrative dans laquelle elle s'insère.

On peut en prendre un exemple par l'absurde : il nous paraîtrait plus qu'incongru que la gestion des agents des Phares et balises soit attribuée au directeur des territoires et de la mer de Saint-Pierre et Miquelon alors même, pourtant, que ce territoire compte pas moins de trois phares ! ... D'évidentes raisons tenant à l'éloignement et aux moyens humains s'y opposeraient vigoureusement, en dépit sans doute des compétences techniques de l'intéressé.

Mais l'on peut aussi prendre un exemple plus réaliste, directement tiré de l'affaire du jour : il nous paraîtrait également hasardeux, eu égard tant aux moyens humains dont il dispose

que de l'architecture institutionnelle, de confier à l'un des directeurs des parcs nationaux la gestion des corps concernés. En effet, non seulement le lien entre autorité de gestion et autorité hiérarchique serait encore plus distendu pour la majorité des agents concernés mais, surtout, on peinerait à voir à quel objectif de bonne gestion ce transfert de responsabilité répondrait...

En somme, nous vous proposons de juger que le Premier ministre pouvait compétemment confier au directeur de l'OFB la mission de recruter, nommer et gérer non seulement les agents des corps techniques de l'environnement qui sont affectés au sein de cet établissement mais aussi ceux qui sont affectés dans les services de l'Etat ou dans d'autres établissements, sachant qu'en l'espèce, ce rattachement nous paraît obéir à une logique fonctionnelle forte.

Nous observons en effet – et peut-être votre décision pourra-t-elle s'en faire l'écho – qu'aux termes de l'article L. 331-8-1 du code de l'environnement : « *Tout établissement public d'un parc national est rattaché à l'Office français de la biodiversité, au sens de l'article L. 131-1* », ce dernier article précisant lui-même qu'un « rattachement » s'entend d'une mise en commun des services et moyens des établissements, ceux-ci conservant toutefois leur personnalité morale et leur autonomie financière.

Il y a donc incontestablement, dans la présente configuration, des motifs légitimes justifiant que, sur le plan statutaire, la gestion des agents affectés au sein des différents établissements puisse être confiée au directeur de la principale instance au sein de ce réseau d'établissements publics, selon une logique qui s'apparente à celle du « chef de file ».

4. Si vous nous suivez, vous pourrez ensuite écarter les deux branches du dernier moyen, qui sont tirées de la méconnaissance par le décret litigieux des **principes d'autonomie et de spécialité des établissements publics**.

4.1. S'agissant du premier point, la requête soutient que le décret porterait atteinte au **principe d'autonomie** des autres établissements dans lesquels sont affectés les agents gérés par l'OFB, car il donnerait de fait au directeur de l'OFB un pouvoir de tutelle sur ces établissements.

L'argument nous paraît un peu court, s'agissant du seul pouvoir de gestion individuelle des carrières d'agents techniques de catégorie C, d'autant que, comme le rappelait le Pdt Boulouis dans ses conclusions sous votre décision CE 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, n° 276928, p. 20, « l'autonomie de gestion des établissements publics n'est pas un principe dont la mise en cause relèverait du seul législateur ».

Dans ce cadre, le pouvoir réglementaire dispose d'une grande latitude – qu'il n'a pas enfreinte en l'espèce – afin de fixer les règles de gestion applicable aux membres d'un corps de fonctionnaires de l'Etat, y compris lorsque ceux-ci servent dans un établissement public.

Nous observons par une forme d'*a fortiori* que vous avez d'ailleurs déjà admis, alors même que l'autonomie des établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel est protégée par la loi³, qu'elle ne s'étend pas au recrutement des enseignants-chercheurs, qui appartiennent à des corps de fonctionnaires de l'Etat et qui sont recrutés sous la responsabilité du ministre de l'éducation nationale et affectés par lui dans les établissements en fonction des besoins du service public (CE 2 mars 1988, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale CFDT*, n° 61225, p. 98).

Le même raisonnement peut s'appliquer ici : l'autonomie des différents établissements publics concernés ne s'étend pas aux règles de recrutement et de gestion des agents qui y sont affectés.

4.2. S'agissant, en second lieu, du **principe de spécialité** des établissements publics, son invocation nous paraît encore plus hors de propos dès lors qu'il se définit comme l'impossibilité pour un établissement public « de se livrer à des activités excédant le cadre des missions qui lui ont été assignées par les textes qui l'ont institué » (CE 3 décembre 1993, *Association de sauvegarde du site Alma champ de mars*, n° 139021, inédit).

En tant que tel, le principe concerne donc les missions et l'activité de l'établissement lui-même, c'est-à-dire les actes qu'il peut prendre en tant que personne morale, mais non les compétences qui peuvent être attribuées à son directeur au titre de ses prérogatives propres.

Le moyen nous paraît donc à la limite de l'opérance et, en tout état de cause, nous ne voyons pas en quoi le fait de confier au directeur de l'OFB la gestion de personnels qui sont, pour l'essentiel, affectés dans ses services, affecterait en quoi que ce soit les missions ou l'activité de l'Office.

Vous écarterez donc les deux branches du moyen.

Et par ces motifs, nous concluons au **rejet de la requête**.

³ Voir article 20 de la loi n° 84-52 du 26 janvier 1984 sur l'enseignement supérieur, repris aujourd'hui à L. 711-1 du code de l'éducation