

CONCLUSIONS

M. Arnaud SKZRYERBAK, rapporteur public

Alors que vous avez eu à connaître de nombreux recours contre les décrets relatifs à la situation des salariés les plus vulnérables à la covid-19¹, vous n'aviez pas encore eu l'occasion de vous prononcer sur les mesures équivalentes prises pour la fonction publique jusqu'à la circulaire dont vous êtes saisis aujourd'hui². Une circulaire et non un décret car c'est entièrement par circulaires qu'ont été fixées les modalités d'organisation du travail et de gestion des agents publics vulnérables, ce qui pose des questions de compétence qui ont justifié l'inscription de la présente affaire au rôle de votre formation de jugement.

Mais il nous faut d'abord vous présenter la manière dont s'est organisée la protection des travailleurs vulnérables à la covid-19, à commencer par les salariés. Après s'être dans un premier temps appuyé sur les indemnités journalières versées par l'assurance maladie, le législateur a créé un dispositif ad hoc d'activité partielle pour les personnes vulnérables à risque grave de covid et pour les personnes cohabitant avec elles. La loi de finances rectificative du 25 avril 2020³ a renvoyé au pouvoir réglementaire le soin de fixer les critères de vulnérabilité. D'abord définis largement par un décret du 5 mai 2020⁴, ces critères ont été resserrés par un décret du 29 août 2020⁵ que vous avez suspendu⁶ avant de l'annuler

¹ Pour la décision de référence : CE, 17 décembre 2020, B... ; LIGUE CONTRE L'OBÉSITÉ c\ PREMIER MINISTRE, n° 444000, 444665, B

² On peut seulement mentionner une décision relative à une note de service du directeur général de l'Institut national de la propriété industrielle relative aux modalités de reprise du travail (CE, 11 avril 2021, syndicat des personnels des administrations centrales économiques et financières franciliennes (SPACEFF-CFDT) , n° 445468, B). Un recours dirigé contre une note de service

³ Loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020

⁴ Décret n° 2020-521 du 5 mai 2020 définissant les critères permettant d'identifier les salariés vulnérables présentant un risque de développer une forme grave d'infection au virus SARS-CoV-2 et pouvant être placés en activité partielle au titre de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020

⁵ Décret n° 2020-1098 du 29 août 2020 pris pour l'application de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020

partiellement⁷, en tant qu'il avait exclu du champ de la vulnérabilité des pathologies pourtant identifiées par le Haut Conseil de la santé publique comme à risque à l'égard du covid. Avant même votre décision au fond, un nouveau décret du 10 novembre 2020⁸ avait revu le dispositif à la lumière de la décision de votre juge des référés.

Dans le secteur public, la protection des agents vulnérables est passée par l'octroi d'autorisations spéciales d'absence. Il a fallu attendre une circulaire du Premier ministre du 1^{er} septembre 2020 pour qu'un cadre soit donné à cette pratique dans la fonction publique de l'Etat. Cette circulaire a un objet plus large puisqu'elle évoque également le port du masque et l'organisation du télétravail. S'agissant des agents vulnérables, la circulaire distingue deux catégories. D'une part, les agents qui répondent aux critères de vulnérabilité prévus pour les salariés par le décret du 29 août 2020. Ces agents doivent être placés en autorisation spéciale d'absence lorsque le télétravail n'est pas possible. D'autre part, les agents qui ne satisfont pas à ces critères mais qui présentent néanmoins un des facteurs de vulnérabilité énumérés par un avis du Haut conseil de santé publique du 19 juin 2020. Pour ces derniers, le télétravail est la solution à privilégier et, à défaut, la circulaire liste les aménagements dont ils doivent bénéficier dans leurs conditions de travail.

Les mesures prises par la circulaire du 1^{er} septembre 2020 ont par la suite été adaptées à l'évolution de l'épidémie. Par deux circulaires des 7 et 29 octobre 2020, la ministre de la transformation et de la fonction publique a invité les autres membres du Gouvernement à renforcer puis à généraliser le télétravail dans les services placés sous leur autorité. La seconde de ces circulaires rappelle que lorsque le télétravail n'est pas possible, il y a lieu de placer en autorisation spéciale d'absence « les personnes considérées comme vulnérables », sans autre précision.

Vient ensuite la circulaire attaquée. Cette circulaire a été adressée le 10 novembre 2020 en son nom propre par la directrice générale de l'administration et de la fonction publique aux secrétaires généraux des ministères. Elle a pour objet l'identification et les modalités de prise en charge des agents publics civils reconnus personnes vulnérables. La circulaire actualise les critères de vulnérabilité en se référant par anticipation au décret du 10 novembre 2020 pris pour les salariés. Elle fixe les nouvelles modalités d'organisation du travail pour les agents concernés. Ils sont placés en télétravail ou, si c'est impossible, ils bénéficient de mesures de protection. Ce n'est que si l'employeur estime être dans

⁶ CE, 14 octobre 2020, M. C... et autres, n° 444425, 444916, 444919, 445029, 445030, C

⁷ CE, 17 décembre 2020, B... ; LIGUE CONTRE L'OBÉSITÉ c\ PREMIER MINISTRE, n° 444000, 444665, B - Rec. T. pp. 578- 582- 948- 1003

⁸ Décret n° 2020-1365 du 10 novembre 2020 pris pour l'application de l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020

l'impossibilité d'aménager le poste de façon à protéger suffisamment l'agent que ce dernier est placé en autorisation spéciale d'absence.

L'association Renaloo et d'autres requérants, qui avaient déjà contesté le décret du 10 novembre 2020 pour les salariés, vous demandent d'annuler la circulaire de la DGAFP du même jour. Leur référé liberté a été rejeté au motif de l'absence d'atteinte grave et manifestement illégale au droit à la vie et à la santé⁹. Leur référé suspension a été rejeté pour défaut de doute sérieux sur la légalité de la circulaire¹⁰.

Vous avez communiqué aux parties un moyen relevé d'office tiré de l'incompétence de la directrice générale de l'administration et de la fonction publique pour prendre la circulaire attaquée.

Contrairement à la défense qui y voit de simples lignes directrices¹¹, cette circulaire nous semble avoir un caractère réglementaire. Elle n'a pas pour objet de donner aux ministres des orientations dans l'exercice de leurs pouvoirs de chefs de service. Pour employer ses propres termes, la circulaire « reprend et adapte à la fonction publique » les dispositions du décret du 10 novembre 2020, qui ne sont applicables qu'aux salariés. Ce qui est norme pour les salariés le devient aussi pour les agents publics. La circulaire crée donc des obligations pour l'administration, qui ne peut déroger à ses prévisions en refusant à un agent vulnérable la protection qu'elle prévoit, et des droits pour les agents, en particulier en ce qu'elle prévoit qu'en cas de désaccord entre l'employeur et l'agent sur les mesures de protection mises en œuvre, l'agent est placé en autorisation spéciale d'absence jusqu'à ce que le médecin du travail rende un avis.

Nous ne croyons pas non plus que la circulaire se borne à interpréter des règles qui auraient été fixées par les circulaires antérieures, en particulier celle prise par le Premier ministre le 1^{er} septembre 2020. Il y a une indéniable continuité entre ces textes qui reposent sur le même principe de transposition aux agents publics des règles édictées pour les salariés. Mais, justement, ces règles ont changé puisque le décret du 10 novembre 2020 a remplacé le décret du 29 août 2020 suspendu par votre juge des référés. Les mesures de protection sont plus détaillées sans qu'il y ait de réelle nouveauté, d'autant que la liste fixée antérieurement n'était pas limitative. La différence est en revanche plus marquée sur les critères de vulnérabilité. Sur ce point, la circulaire du 1^{er} septembre 2020 visait plus large que le décret du 29 août 2020 puisque, comme nous vous l'avons dit, elle se référait également aux pathologies identifiées par le Haut Conseil de la santé publique. Mais elle ne permettait pas

⁹ CE, 27 décembre 2020, ASSOCIATION RENALOO c\ , n° 447913, C

¹⁰ CE, 10 janvier 2021, ASSOCIATION RENALOO c\ MINISTERE DE LA TRANSFORMATION ET DE LA FONCTION PUBLIQUES, n° 447978, C

¹¹ CE, Section, 3 février 2015, MINISTERE DE L'INTERIEUR c\ CO..., n° 383267, 383268, A - Rec. p. 17

aux agents concernés d'être placés en autorisation spéciale d'absence, à la différence de la circulaire attaquée. Et cette dernière innove totalement en reconnaissant à tous les agents vulnérables le droit d'être placés en ASA le temps que le médecin du travail statue sur les aménagements de leur poste, en cas de désaccord avec l'employeur.

La circulaire attaquée ne se borne donc pas à préciser, sans rien y ajouter, les conditions d'application d'un cadre réglementaire préexistant. C'est un acte réglementaire. Mais ce n'est pas un acte statutaire. En application de l'article 8 de la loi du 11 janvier 1984¹², les mesures à caractère statutaire ne peuvent être légalement édictées que par un décret en Conseil d'Etat¹³. Le régime des autorisations d'absence est l'un des éléments du statut des agents et vous censurez donc pour incompétence les circulaires qui établissent ou modifient un régime de ce type, voyez votre décision Syndicat C.F.D.T. Santé-social de la Seine-Saint-Denis de 1982, au recueil sur ce point¹⁴. A l'inverse, dans une décision de 2019 Syndicat national des enseignants du second degré, vous avez jugé légale une circulaire se bornant à rappeler la simple faculté, pour le chef de service compétent, d'accorder à ses agents des autorisations d'absence pour motif personnel, en relevant qu'elle ne créait aucun droit pour les agents qu'elle concerne¹⁵.

A la lumière de ces précédents, on peut hésiter sur la circulaire attaquée car elle est bien prescriptive. Il nous semble néanmoins qu'elle n'a pas pour objet d'instituer un régime d'autorisation spéciale d'absence. D'une part, elle n'interdit pas aux chefs de service d'accorder des autorisations d'absence aux agents dont l'état de santé ou la situation personnelle le justifient dans le contexte de l'épidémie mais qui ne satisfont pas aux critères qu'elle fixe. D'autre part, la circulaire attaquée a certes pour effet de créer des droits mais elle n'a pas pour objet de reconnaître un droit attaché à la qualité de fonctionnaire. Elle a pour objet d'adapter l'organisation du travail à l'épidémie de covid-19. Elle traite principalement du télétravail et des mesures d'aménagement sur le lieu de travail et l'autorisation spéciale d'absence n'est envisagée que comme une mesure palliative à l'impossibilité d'adapter les conditions de travail. La circulaire attaquée n'a donc pas édicté des règles statutaires, elle a prescrit des mesures d'organisation du service, ce qui ne nécessitait pas de décret en Conseil d'Etat.

¹² Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat

¹³ De telles mesures ne peuvent être prises sur le fondement du pouvoir réglementaire du chef de service : CE, 2 octobre 2003, M. M..., n° 215180, B

¹⁴ CE, 11 mars 1982, Syndicat C.F.D.T. Santé-social de la Seine-Saint-Denis, n°32792, A ; voir également !:CE, 6 juillet 1982, Syndicat C.F.T.C., C.G.T., C.F.D.T. et C.G.T.-F.O. des affaires sociales, n° 20942, 28330, B ; CE, 3 octobre 2013, UNION SYNDICALE DES DOUANES ET DROITS INDIRECTS FORCE OUVRIÈRE SYNDICAT SOLIDAIRES DOUANES, n° 358896, 360675, C

¹⁵ CE, 29 janvier 2019, SYNDICAT NATIONAL DES ENSEIGNEMENTS DE SECOND DEGRE c\ MINISTERE DE L'EDUCATION NATIONALE ET DE LA JEUNESSE, n° 410518, C

Pour autant, la circulaire attaquée ne peut pas avoir été prise par la DGAFP en vertu d'un pouvoir propre. La défense invoque le décret du 22 décembre 2016 relatif à la direction générale de l'administration et de la fonction publique et à la politique de ressources humaines dans la fonction publique¹⁶. Vous avez déjà eu l'occasion de juger, dans une décision UNSA-ITEFA de 2016¹⁷, que le décret d'organisation d'une administration centrale pouvait attribuer à son directeur un pouvoir réglementaire distinct du pouvoir d'organisation dont dispose chaque chef de service en vertu de la jurisprudence Jamart. Cette solution a été adoptée à propos de la direction des ressources humaines des ministères chargés des affaires sociales, que les textes chargeaient d'organiser et de développer les relations avec les représentants des personnels et de promouvoir le dialogue social, ce dont vous avez déduit que son directeur était compétent pour créer des instances de dialogue social dans toutes les directions du ministère.

La décision UNSA-ITEFA ne peut être comprise comme associant à chaque mission attribuée à une administration centrale le pouvoir réglementaire correspondant, sauf à déposséder entièrement le Premier ministre, et même les ministres puisque les directeurs d'administration centrale n'agiraient plus sur leur délégation mais en vertu d'un pouvoir propre. Il nous semble en outre qu'aucune disposition du décret du 22 décembre 2016 ne peut être utilement mobilisée ici, en particulier pas celle qui charge la DGAFP d'élaborer les règles relatives à la santé et à la sécurité au travail, car élaborer n'est pas adopter, ni la disposition qui lui donne pour mission de définir des orientations en matière de protection de la santé et de la sécurité au travail puisque, comme on l'a dit, la circulaire fixe des règles et non des orientations.

La DGAFP ne peut donc être l'autrice de la circulaire attaquée, seulement sa signataire, agissant par délégation d'une autorité elle-même compétente, étant précisé que l'absence de mention qu'une décision est prise par délégation d'un ministre ne fait pas obstacle à ce que cette décision soit regardée comme effectivement prise au nom de ce ministre, voyez une décision CFDT-Interco de 1987¹⁸.

Ce ministre ne pouvait pas être la ministre de la transformation et de la fonction publiques. Aucun texte ne lui donne compétence pour édicter les dispositions réglementaires en cause, en particulier pas son décret d'attribution car, comme vous l'avez jugé par une décision Syndicat national des industries de la boulangerie-pâtisserie¹⁹, aux tables sur ce

¹⁶ Décret n° 2016-1804 du 22 décembre 2016 relatif à la direction générale de l'administration et de la fonction publique et à la politique de ressources humaines dans la fonction publique

¹⁷ CE, 8 mars 2016, UNSA-ITEFA c\ MINISTERE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA SANTE, n°382868, B - Rec. T. pp. 606-696

¹⁸ CE, 15 décembre 1987, Fédération nationale du syndicat C.F.D.T. dénommée C.F.D.T.-INTERCO, n° 60577

¹⁹ CE, 28 décembre 1997, Syndicat national des industries de la boulangerie-pâtisserie et autres, n° 178061, B

point, un tel décret se borne à répartir les attributions entre les ministres d'un même gouvernement, il est sans incidence sur la compétence normative du ministre concerné. Il en va de même du décret d'organisation de la DGAFP, pour les raisons déjà exposées. Enfin, même si les dispositions attaquées portent sur l'organisation du service, on ne peut les rattacher au pouvoir Jamart dont dispose, comme tout chef de service, la ministre de la transformation et de la fonction, ce pouvoir ne pouvant s'exercer qu'à l'égard des services placés sous son autorité, alors que la circulaire porte sur l'ensemble de la fonction publique d'Etat.

Dans ces conditions, seul le Premier ministre était compétent pour édicter les dispositions contestées. Reste à savoir si la DGAFP disposait d'une délégation de sa part. En l'absence de texte spécifique, il faut se tourner vers le décret du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement²⁰. Pour que le mécanisme de délégation qu'il prévoit puisse jouer, il faut que la décision soit prise en vertu d'attributions pour lesquelles le délégataire est placé sous l'autorité du délégant²¹. Il faut en outre que la décision entre dans le champ des actes délégués. Ces deux conditions font défaut en l'espèce.

En premier lieu, la DGAFP n'est placée sous l'autorité du Premier ministre que pour ce qui concerne l'encadrement supérieur de l'Etat. Certes, le Premier ministre a un rôle particulier en matière de fonction publique, la loi du 11 janvier 1984²² le chargeant de veiller à son application, mission que les ministres chargés de la fonction publique exercent « par délégation du Premier ministre », comme le précisent leurs décrets d'attribution. C'est ce qui expliquait que depuis 1959²³, la DGAFP était rattachée au Premier ministre. Mais ce n'est plus le cas depuis 2008²⁴ et son transfert à Bercy. Le Premier ministre n'a conservé en propre que l'encadrement supérieur de l'Etat et ce n'est que dans ce champ que la DGAFP peut agir en son nom, et encore, sous réserve des compétences du secrétariat général du Gouvernement. La circonstance rappelée par la charte de la déconcentration²⁵, que le Premier ministre a autorité, conjointement avec chaque ministre, sur toutes les administrations centrales ne nous conduit pas à considérer que les directeurs de ces administrations bénéficieraient automatiquement en vertu du décret du 27 juillet 2005 d'une délégation de signature de la part du Premier ministre. Nous ne croyons pas non plus possible de fonder la compétence de la

²⁰ Décret n°2005-850 du 27 juillet 2005 relatif aux délégations de signature des membres du Gouvernement

²¹ CE, 17 mai 1984, Association des administrateurs civils du secrétariat d'Etat à la culture et autre, n° 691, 3082, 5584, 8122, A

²² Article 13 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat

²³ Décret n° 59-210 du 3 février 1959 fixant les attributions de la direction générale de l'administration et de la fonction publique.

²⁴ Décret n° 2008-1413 du 22 décembre 2008 relatif à la direction générale de l'administration et de la fonction publique

²⁵ Décret n° 2015-510 du 7 mai 2015 portant charte de la déconcentration

DGAFP pour signer la circulaire attaquée sur une délégation en cascade, délégation de compétence du Premier ministre à la ministre de la transformation et de la fonction publique et délégation de signature de la ministre à sa directrice d'administration centrale. En effet, la première de ces délégations ne peut être interprétée comme un transfert de ce qui relève du pouvoir réglementaire de droit commun du Premier ministre en matière de fonction publique. Au total, la DGAFP n'a pas pu agir au nom du Premier ministre. Cela n'enlève rien à la dimension interministérielle de cette direction. Mais interministériel ne signifie pas primo-ministériel.

En second lieu, le décret du 27 juillet 2005 prévoit que la délégation de signature qu'il institue porte sur « l'ensemble des actes, à l'exception des décrets ». Si c'est d'une circulaire qu'il s'agit ici, cette circulaire aurait dû être un décret.

Précisons d'abord que les dispositions attaquées relèvent du pouvoir réglementaire que le Premier ministre tient de l'article 21 de la Constitution. Si l'on peut concevoir que le Premier ministre dispose d'un pouvoir « Jamart » pour l'organisation de ses propres services, ce pouvoir ne saurait s'étendre à l'ensemble des services de l'Etat et se substituer au pouvoir réglementaire de droit commun. Vos décisions sur l'emploi du terme « mademoiselle » dans l'administration²⁶ et sur la féminisation de la rédaction des textes²⁷ montrent que l'article 21 de la Constitution permet en outre au Premier ministre d'adresser aux ministres et aux administrations des instructions par voie de circulaire, leur prescrivant d'agir dans un sens déterminé, mais comme nous vous l'avons dit la circulaire attaquée est normative.

Le mode d'expression normal du pouvoir réglementaire de l'article 21 de la Constitution, c'est le décret²⁸. Mais vous ne vous arrêtez pas à la dénomination de l'acte qui se présente devant vous. Et vous acceptez donc, depuis une décision de section Comité de défense des riverains de l'aéroport Paris-Nord de 1976²⁹, que le Premier ministre réglemente par circulaire. Vous précisez cependant que c'est à la condition de respecter les règles de forme ou de procédure applicables à l'exercice du pouvoir réglementaire, notamment les contreseings³⁰ et les consultations³¹. Ces questions ne sont pas d'ordre public. La compétence du signataire l'est en revanche. Vous pourriez vous en tenir à une application littérale du

²⁶ CE, 25 décembre 2012, ASSOCIATION "LIBEREZ LES MADEMOISELLES !" , n° 358226, A - Rec. p. 501

²⁷ CE, 27 février 2019, - ASSOCIATION GROUPEMENT D'INFORMATION ET DE SOUTIEN SUR LES QUESTIONS SEXUÉES ET SEXUELLES - Mme F... , n° 417128, 417445, C

²⁸ CE, Assemblée, 19 juin 1975, Société "Acli International Commodity Services Ltd" et autres, n° 98170, 98171, 98172, 98175, 98241, 99372, A

²⁹ CE, Section, 30 décembre 1976, Comité de défense des riverains de l'aéroport Paris-Nord, n° 93044, A

³⁰ Décision précitée

³¹ CE, 17 mai 1984, Association des administrateurs civils du secrétariat d'Etat à la culture et autre, n° 691, 3082, 5584, 8122, A

décret du 27 juillet 2005 et n'excepter du champ des délégations que les actes qui s'intitulent « décrets ». Pour notre part, il ne nous paraît pas possible d'admettre qu'une personne qui n'aurait pas été compétente pour signer un décret puisse l'être pour prendre les mêmes dispositions sous l'intitulé de circulaire. Pour ce motif également, la DGAFP n'était pas compétente pour signer la circulaire attaquée.

Nous vous invitons donc à retenir le moyen d'ordre public que vous avez communiqué aux parties et à annuler cette circulaire pour incompétence.

Si vous ne nous suiviez pas, il vous faudrait rejeter la requête, aucun des moyens invoqués n'étant fondé.

En premier lieu, les requérants font grief à la circulaire attaquée d'exposer les salariés vulnérables en les obligeant à revenir sur leur lieu de travail alors que les mesures de protection sur le lieu de travail et dans les transports en commun sont à leurs yeux insuffisantes. Ces mesures sont celles recommandées par le Haut Conseil de la santé publique. La comparaison avec le contentieux sur l'ouverture des librairies³² n'a guère de sens, les conditions d'exposition dans un commerce ouvert au public n'ayant rien à voir avec celles dans un bureau. L'erreur manifeste d'appréciation alléguée ne ressort pas des pièces du dossier.

En deuxième lieu, les mesures de protection sont définies dans des termes suffisamment précis et l'objectif de clarté et d'intelligibilité de la norme n'a donc pas été méconnu.

En troisième lieu, les requérants reprochent à la circulaire de ne pas avoir prévu que les agents cohabitant avec une personne vulnérable bénéficieraient de l'activité partielle. Le moyen est manifestement un copier-coller d'une précédente requête. Il est inopérant en l'espèce car l'activité partielle ne concerne que les salariés. Vous pourriez redresser le moyen et estimer qu'il vise l'absence d'autorisation spéciale d'absence pour les agents cohabitant avec une personne vulnérable. Mais vous y feriez la même réponse que dans votre décision Berruyer de 2020³³ à propos des salariés : il n'y a pas d'erreur manifeste d'appréciation sur ce point.

En dernier lieu, les requérants critiquent l'absence de recours contre la décision du médecin du travail en cas de désaccord entre l'employeur et l'agent sur les mesures d'aménagement du poste. Le médecin du travail ne rend qu'un avis, qui est une mesure

³² CE, 12 novembre 2020, SOCIÉTÉ LE POIRIER-AU-LOUP M. P... et autre, n° 445883, 445886, 445899, C

³³ CE, 17 décembre 2020, B... ; LIGUE CONTRE L'OBÉSITÉ c\ PREMIER MINISTRE, n°444000, 444665, B - Rec. T. pp. 578- 582- 948- 1003

préparatoire. C'est la décision prise par le chef de service au vu de cet avis qui, eu égard au fait qu'elle n'est pas discrétionnaire³⁴, est susceptible de recours dans les conditions du droit commun. La circulaire n'avait pas à le rappeler.

Seul le moyen d'ordre public est fondé donc.

PCMNC annulation (incompétence) et rejet du surplus des conclusions.

³⁴ A l'inverse, les décisions relatives aux ASA discrétionnaires sont qualifiées de mesures d'ordre intérieur : CE, 10 mai 2011, CAISSE DES DEPOTS ET CONSIGNATIONS , n°337280, B - Rec. T. pp. 981-1063