

JURISPRUDENCE SOCIALE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

par Pierre-Yves GAHDOUN,
Professeur à l'Université de Montpellier – CERCOP

Les décisions du Conseil constitutionnel en matière sociale pour la période concernée par la présente chronique (octobre 2018 – octobre 2019) ne sont guère nombreuses. Cela peut s'expliquer, sans doute, par deux facteurs : un assèchement inévitable des dispositions du Code du travail susceptibles de nourrir une QPC après dix ans de mise en œuvre du mécanisme ; et l'absence, cette année, de réforme législative d'envergure en droit du travail pouvant conduire à une décision du Conseil constitutionnel sur saisine des parlementaires.

Deux décisions intervenues en 2019 sont néanmoins riches d'enseignements pour le droit constitutionnel social : la *décision n°2019-781 DC du 16 mai 2019*, rendue à propos de la loi PACTE (dont certaines dispositions intéressent le droit du travail) et la *décision n°2019-790 DC du 1^{er} août 2019*, qui concerne une importante rénovation de la fonction publique territoriale.

LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX – Effectifs salariés de l'entreprise – Seuils – Règles de franchise à la hausse ou à la baisse – Asymétrie – Atteinte au principe d'égalité devant la loi (non) – Atteinte au principe de participation des travailleurs à leurs conditions de travail (non).

Décision n°2019-781 DC du 16 mai 2019

Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises (*Extraits*)

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL A ÉTÉ SAISI, dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, de la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises, sous le n°2019-781 DC, le 16 avril 2019 (...).

Au vu des textes suivants :

- la Constitution ;
- l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;
- le code de commerce ;
- le code de la sécurité sociale ;
- le code des transports ;
- le code du travail ;
- la loi n°2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne ;
- l'ordonnance n°2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique ;
- la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques ;

Au vu des observations du Gouvernement, enregistrées le 9 mai 2019 ;

Au vu des observations en réplique présentées par Mme Rabault, députée, enregistrées le 13 mai 2019 ;

Au vu des nouvelles observations du Gouvernement, enregistrées le même jour ;

Et après avoir entendu le rapporteur ;

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL S'EST FONDÉ SUR CE QUI SUIT :

1. Les députés et les sénateurs requérants défèrent au Conseil constitutionnel la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises. Ils contestent la place des articles 17, 18, 104, 181, 182, 183, 213, 214 et 215 dans cette loi. Ils contestent par ailleurs la conformité à la Constitution de certaines dispositions de son article 11, de ses articles 17 et 18, de certaines des dispositions de son article 20, de certaines dispositions de son article 137, ainsi que la procédure d'adoption des articles 130 à 136 et la conformité à la Constitution de certaines dispositions des articles 130 à 132, 135 et 136.

- Sur certaines dispositions de l'article 11 :

2. L'article 11 de la loi déferée modifie les règles de décompte de l'effectif salarié d'une entreprise pour l'application de plusieurs obligations en matière sociale.

3. Selon les sénateurs auteurs de la dernière saisine, en prévoyant des règles de décompte différentes selon que l'effectif salarié de l'entreprise évolue à la hausse ou à la baisse, le législateur aurait rendu possibles des stratégies de contournement de certaines exigences liées à ces seuils, consistant à priver d'effet le dépassement du seuil pendant plusieurs années, en l'interrompant par une année de baisse de l'effectif en deçà du seuil requis, afin que ce dépassement ne puisse être pris en compte. Il en résulterait une méconnaissance du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Les sénateurs auteurs de la dernière saisine contestent également la rupture d'égalité inconstitutionnelle qui en découlerait.

4. Selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Le principe d'égalité devant la loi ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.

5. Aux termes du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

6. Le 1° du paragraphe I de l'article 11 insère dans le code de la sécurité sociale un article L.130-1 qui précise que, pour l'application de ce code, l'effectif salarié annuel de l'employeur correspond à la moyenne du nombre de personnes employées au cours de chacun des mois de l'année civile précédente. Le paragraphe II de cet article L.130-1 prévoit cependant que, par exception, le franchissement à la hausse de ce seuil n'est pris en compte que lorsque ce dernier a été atteint ou dépassé pendant cinq années civiles consécutives. Le franchissement à la baisse de ce seuil est, lui, pris en compte dès la première année.

7. En premier lieu, si le paragraphe VI de l'article 11 renvoie aux règles de l'article L.130-1 du code de la sécurité sociale pour l'application de certaines dispositions du code du travail, aucune des dispositions en cause n'affecte les garanties relatives à la participation des travailleurs, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination collective des conditions de travail. Dès lors, le grief tiré de la méconnaissance du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 doit être écarté.

8. En second lieu, l'asymétrie des règles de prise en compte de franchissement de seuil, à la hausse ou à la baisse, a pour conséquence que seule l'entreprise dont l'effectif salarié dépasse le seuil requis pendant cinq années consécutives est soumise aux règles correspondantes. En revanche, une entreprise dont l'effectif salarié ne dépasserait ce seuil que quatre années et baisserait en deçà la cinquième année continuerait de bénéficier des règles applicables aux entreprises relevant d'un seuil inférieur.

9. Toutefois, d'une part, si les sénateurs auteurs du dernier recours dénoncent les stratégies de contournement qui peuvent résulter de cette asymétrie, l'éventualité d'un détournement de la loi ou d'un abus lors de son application, pour regrettables qu'ils soient, n'entache pas celle-ci d'inconstitutionnalité.

10. D'autre part, l'entreprise dont l'effectif salarié dépasse cinq années consécutives un certain seuil est placée dans une situation différente de celle dont l'effectif salarié ne dépasse ce même seuil que quatre années consécutives avant d'y être inférieur la cinquième. La différence de traitement contestée, qui est ainsi fondée sur une différence de situation, est par ailleurs en rapport avec l'objet de la loi, qui est de favoriser la croissance des entreprises en atténuant certains effets de seuils. Le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit donc être écarté.

11. Le paragraphe II de l'article L.130-1 du code de la sécurité sociale, qui ne méconnaît aucune autre exigence constitutionnelle, est conforme à la Constitution. (...)

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DÉCIDE : (...)

Article 2. - Sont conformes à la Constitution les dispositions suivantes :

Le paragraphe II de l'article L.130-1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction résultant de l'article 11 de la loi déferée ; (...)

Note.

Dans la décision commentée, le Conseil se prononce – et ne sanctionne pas – le nouveau dispositif mis en place par la loi PACTE visant à « harmoniser » les seuils d'effectifs salariés des entreprises à prendre en compte pour le déclenchement de divers dispositifs intéressants la législation du travail ou les régimes des

droits sociaux (mise en œuvre d'un règlement intérieur, participation de l'employeur au FNAL, contrepartie obligatoire en temps de repos en cas de dépassement du contingent annuel des heures supplémentaires, obligation pour les entreprises d'employer au moins 6% de travailleurs handicapés, ...).

Au total, la réforme modifie le calcul d'une bonne vingtaine de seuils, essentiellement au profit des entreprises, c'est-à-dire en augmentant le nombre de salariés nécessaires pour atteindre un seuil ou en créant un système de calcul qui empêche la mise en œuvre d'une législation plus favorable au salarié.

Un élément, en particulier, était dénoncé par les requérants : le nouvel article L. 130-1 du Code de la Sécurité sociale (applicable « par renvoi » au Code du travail) précise que le franchissement à la hausse d'un seuil d'effectif salarié est pris en compte lorsque ce seuil a été obtenu ou dépassé pendant cinq années civiles consécutives, alors que le franchissement à la baisse d'un seuil d'effectif se calcule sur une année civile seulement et a pour effet de faire à nouveau courir la durée de cinq ans.

Les requérants voyaient dans ce dispositif une double atteinte aux principes constitutionnels : atteinte au principe d'égalité devant la loi, puisque le nouveau régime crée une situation de privilège pour les entreprises dont l'effectif est flottant ou non stabilisé ; atteinte également au principe de participation des travailleurs à leurs conditions de travail en raison de l'effet « boule de neige » des règles de calcul sur la participation effective des salariés à la vie de leur entreprise. Les sénateurs pointaient aussi, et de façon plus générale, le risque de « contournement » des règles par des entreprises (peu scrupuleuses) qui pourraient utiliser habilement les nouvelles modalités de calcul afin d'éviter de conserver cinq années consécutives le nombre de salariés requis pour dépasser les seuils.

Mais le Conseil rejette tous ces griefs avec une argumentation qui, à notre sens, ne convainc pas totalement.

Pour écarter le grief tiré de l'atteinte au principe d'égalité, le juge rappelle que les entreprises se trouvant dans une situation de « flottement » de leur seuil d'effectifs ne sont pas placées dans une situation identique à celles qui bénéficient d'un effectif stabilisé. Appliquant sa jurisprudence habituelle en matière d'égalité – une différence de situation (de fait) implique une différence de traitement (en droit) – il en conclut que le nouveau dispositif ne méconnaît pas la Constitution.

Or, en principe, la différence de traitement n'est admise par le Conseil que dans la seule mesure où cette différence se justifie, selon la formule classique, par « l'objet de la loi », c'est-à-dire le motif qui a conduit le législateur à adopter ou modifier la disposition en cause.

Quel est ici l'objectif de la loi ? À en croire les éléments indiqués dans le projet et la retranscription des débats parlementaires, il s'agit avant tout, par cette réforme, d'*harmoniser les seuils* afin d'éviter toute complexité excessive qui nuirait à la bonne marche des entreprises et à la sécurité juridique en général. Et cela se comprend aisément. Cela dit, lorsque le législateur ajoute à cette refonte des seuils une diminution des droits des salariés, il ne répond pas seulement à cet « objectif » d'harmonisation, il introduit, sans le dire tout à fait, une autre considération qui est celle de favoriser les entreprises en leur offrant un régime juridique de calcul des seuils plus souple, notamment pour celles dont l'effectif est « flottant ». Le mécanisme qui instaure un système asymétrique – cinq années à la hausse, une année à la baisse – contribue manifestement à cet objectif-là, et non pas celui de l'harmonisation du droit (contrairement à ce que laisse entendre le Conseil constitutionnel). En ce sens, il nous semble que la rupture d'égalité n'était pas justifiée.

Au demeurant, cette « lecture » de la différence de traitement s'autorise d'une jurisprudence bien établie du juge constitutionnel. Par exemple, dans la décision du 28 décembre 2000 (1), le Conseil précise que « *ni la loi, ni les travaux parlementaires n'évoquent un motif d'intérêt général de nature à fonder une différence de traitement entre les agriculteurs corses et les autres* », montrant ainsi sa volonté de toujours analyser précisément les motifs qui ont guidé le législateur à instaurer une différence de traitement – à la fois dans la loi et « *dans les travaux parlementaires* » précise le juge. Par exemple encore, le Conseil estime, dans la décision du 4 juin 2016 (2), que si la ville de Paris se trouve dans une situation différente des autres villes françaises en raison de son statut de « capitale », cette différence de situation ne peut justifier une législation dérogatoire lui permettant d'adapter le régime du repos hebdomadaire dominical des salariés, car l'objet de la loi n'était pas de fournir à la ville de Paris un tel régime dérogatoire, mais bien plutôt celui d'offrir à tous les travailleurs sur le territoire national des règles précises en matière de repos dominical. Là encore, l'objet de la loi n'est pas en adéquation avec la différence de traitement. Dernier exemple, dans la décision du 13 octobre 2011 (3), le Conseil admet que les jeunes gens ayant accompli normalement leur service national se trouvent dans une situation différente des « objecteurs de conscience », mais il juge que cette différence de situation ne peut justifier une mesure de calcul d'ancienneté plus favorable aux premiers, car cette mesure n'est pas conforme avec

(1) CC n° 2000-441 DC, 28 décembre 2000, Rec. p. 201.

(2) CC n° 2016-547 QPC, 24 juin 2016, JO 30 juin 2016, texte n° 112.

(3) CC n° 2011-181 QPC, 13 octobre 2011, Rec. p. 502.

l'objet de la loi qui est de fixer des règles générales permettant le calcul de l'ancienneté de service exigée pour l'avancement et pour la retraite.

Au regard de cette jurisprudence, il nous semble que « l'avantage » consenti aux entreprises dont les effectifs ne sont pas stabilisés s'accorde bien mal avec l'objectif affiché par le législateur, en l'occurrence harmoniser les seuils d'effectifs.

En ce qui concerne le principe de participation des travailleurs, le Conseil se contente de noter, sans autre justification, qu'« aucune des dispositions en cause n'affecte les garanties relatives à la participation des travailleurs, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination collective des conditions de travail » et que, pour cette raison, « le grief tiré de la méconnaissance du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 doit être écarté ».

Évidemment, le Conseil a raison de dire qu'aucune des dispositions en cause « n'affecte » le droit à participation : une simple modalité de calcul des seuils ne peut jamais remettre en cause, ou même dénaturer, le cadre de la négociation collective dans les entreprises. En revanche, parce que les nouveaux seuils déterminent l'application de nombreux mécanismes liés aux conditions de travail – notamment l'obligation d'un local syndical à partir de 250 salariés, et non plus 200 – en cela ils heurtent manifestement le droit à participation des travailleurs. Certes, l'atteinte est indirecte, par ricochet, mais on ne peut dire pour autant que les dispositions contestées « n'affectent » pas le 8^{ème} alinéa du Préambule.

L'affirmation du Conseil est d'autant plus étonnante qu'il n'hésite pas, dans ce genre de situations, à mobiliser sa jurisprudence dite des « garanties légales des exigences constitutionnelles » : lorsque, en effet, une disposition affecte un principe constitutionnel dans une mesure acceptable et/ou en application d'un motif d'intérêt général valable, le juge constitutionnel exige du législateur qu'il accompagne le régime ainsi créé par des « garanties légales » suffisantes, par exemple l'instauration d'un recours juridictionnel. Ces garanties légales offrent alors un cadre législatif permettant que le principe constitutionnel en cause ne soit pas trop fortement écorné en dépit des justifications d'intérêt général.

Or, en l'espèce, ces garanties légales méritaient justement un tel examen. Car rien dans le dispositif ne garantit sérieusement que les entreprises joueront le jeu du nouveau dispositif et n'utiliseront pas les règles fraîchement votées pour s'affranchir des différentes obligations légales. Au cours des débats, le ministre de l'Économie et des Finances en avait d'ailleurs convenu : « il est vrai que nous parions sur le bon comportement des chefs d'entreprise » (4), affirme-t-il avec une franchise évidente – et qui aurait pu sans doute alerter le Conseil !

Au final, il faut espérer que cette question des seuils d'effectifs ne soit plus traitée à l'avenir par le Conseil avec si peu d'intérêt, car derrière l'habillage un peu technique de cette question se dévoilent, en réalité, toutes sortes d'implications très concrètes pour les salariés.

(4) Bruno Le Maire, AN, *Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, relatif à la croissance et la transformation des entreprises* (n° 1088), T. 1, 15 septembre 2018, p. 140.

GRÈVE – Fonction publique – Fonctionnaires territoriaux – 1/ Possibilité d'encadrement par une autorité territoriale – Conditions – 2/ Obligations des agents – Préavis – Exercice jusqu'à la fin du service – Atteinte au droit de grève (non).

LIBERTÉS ET DROITS FONDAMENTAUX – Fonction publique – Droit à la participation des agents – 1/ Commissions administratives paritaires – Suppression de certaines compétences en matière de décisions individuelles – 2/ Suppression du CHSCT au profit d'un comité social ne comportant pas toujours de formation spécialisée – Absence de formation spécialisée – Atteinte au principe de participation des travailleurs à leurs conditions de travail (non).

FONCTION PUBLIQUE – Recrutement par contrat de droit privé en l'absence de concours – Agents de direction – Atteinte aux principes d'égalité et de continuité du service public (non).

Décision n° 2019-790 DC du 1^{er} août 2019

Loi de transformation de la fonction publique (*Extraits*)

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL A ÉTÉ SAISI, dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, de la loi de transformation de la fonction publique, sous le n° 2019-790 DC, le 24 juillet 2019 (...).

Au vu des textes suivants :

- la Constitution ;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;
- le code de l'action sociale et des familles ;
- le code de l'éducation ;
- le code de la santé publique ;
- le code du travail ;
- la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;
- la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État ;
- la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ;
- la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ;
- Au vu des observations du Gouvernement, enregistrées le 29 juillet 2019 ;

Et après avoir entendu le rapporteur ;

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL S'EST FONDÉ SUR CE QUI SUIT :

1. Les députés requérants défèrent au Conseil constitutionnel la loi de transformation de la fonction publique. Ils contestent la conformité à la Constitution de certaines dispositions de ses articles 1^{er}, 4, 10, 16, 18, 21, 25, 30, 33 et 76 et ses articles 19 et 56.

- Sur certaines dispositions des articles 1^{er}, 10, 25 et 30 :

2. L'article 1^{er} de la loi déferée modifie l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983 mentionnée ci-dessus pour prévoir notamment que sont soumises à l'examen des commissions administratives paritaires les décisions individuelles relatives à la carrière des fonctionnaires dont la liste est établie par décret en Conseil d'État.

3. L'article 10 modifie l'article 14 de la loi du 11 janvier 1984 mentionnée ci-dessus, l'article 30 de la loi du 26 janvier 1984 mentionnée ci-dessus et l'article 21 de la loi du 9 janvier 1986 mentionnée ci-dessus afin de prévoir l'examen de la commission administrative paritaire sur les décisions individuelles relatives à la mise en disponibilité, à l'appréciation de la valeur professionnelle, à la discipline et au licenciement pour insuffisance professionnelle de l'ensemble des fonctionnaires. Il en est de même pour les décisions relatives à la titularisation des fonctionnaires territoriaux et hospitaliers, à la nomination, au service à temps partiel et à la démission des fonctionnaires territoriaux ainsi que pour les décisions relatives au placement en recherche d'affectation des fonctionnaires hospitaliers.

4. En outre, l'article 10 supprime l'avis de la commission administrative paritaire sur les décisions de mutation comportant changement de résidence ou modification de la situation des fonctionnaires territoriaux. Il en est de même pour les décisions relatives à la réaffectation des fonctionnaires mis à disposition d'un établissement public de coopération intercommunale restituant une compétence aux communes membres, au transfert des agents remplissant la totalité de leurs fonctions dans un service mis en commun ou transféré à un tel établissement ou à la métropole du Grand Paris ainsi que pour les décisions relatives à la répartition des agents à la suite de la dissolution d'un syndicat ou d'une communauté de communes ou d'agglomération. Enfin, l'article 10 supprime la consultation de la commission administrative paritaire pour l'établissement de la liste d'aptitude pour l'accès de certains agents non titulaires aux différents corps ou emplois de fonctionnaires hospitaliers.

5. L'article 25 réécrit l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 et supprime, à cette occasion, l'avis de la commission administrative paritaire sur les décisions individuelles relatives aux mutations des fonctionnaires de l'État.

6. L'article 30 supprime l'avis de la commission administrative paritaire sur l'établissement de la liste d'aptitude pour la promotion interne et l'avancement de grade pour l'ensemble des fonctionnaires et sur l'accès à l'échelon spécial prévu par un statut particulier pour les fonctionnaires territoriaux. Il prévoit également l'établissement, au sein des fonctions publiques de l'État, territoriale et hospitalière, de lignes directrices de gestion ayant notamment pour objet de déterminer les orientations en matière de ressources humaines, de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, de promotion et de valorisation des parcours. Ces lignes directrices de gestion sont établies après avis des comités sociaux au sein desquels siègent les représentants des agents.

7. Les députés requérants font valoir que l'article 1^{er} serait entaché d'incompétence négative au motif qu'il renvoie à un décret en Conseil d'État la détermination des décisions individuelles soumises à l'examen des commissions administratives paritaires. Ils font également valoir que les articles 1^{er}, 10, 25 et 30 conduisent à ne soumettre aux commissions administratives paritaires que certaines décisions individuelles et non plus l'ensemble de celles-ci, ce qui priverait de garanties légales le principe de participation.

8. Si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose, en son huitième alinéa, que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail », l'article

34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la fixation des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils de l'État ainsi que la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales. Ainsi, c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect du principe énoncé au huitième alinéa du Préambule, les conditions et garanties de sa mise en œuvre.

9. Toutefois, le principe de participation concerne la détermination collective des conditions de travail. Or, les dispositions contestées se bornent à limiter à certaines décisions individuelles relatives aux fonctionnaires l'examen des commissions administratives paritaires. Dès lors, les griefs tirés de l'incompétence négative et de l'atteinte aux exigences du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 doivent être écartés.

10. Il résulte de ce qui précède que les mots « et à l'examen de décisions individuelles dont la liste est établie par décret en Conseil d'État » figurant à l'article 9 de la loi du 13 juillet 1983, le cinquième alinéa de l'article 14 de la loi du 11 janvier 1984, le premier alinéa de l'article 30 de la loi du 26 janvier 1984 et le paragraphe I de l'article 21 de la loi du 9 janvier 1986, qui ne méconnaissent aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution. Il en est de même du a du 3° du paragraphe III, des a et b du 1°, du 2° et du 4° du paragraphe IV et du b du 6° du paragraphe V de l'article 10 de la loi déferée, ainsi que du a du 2° et du deuxième alinéa du c du 3° du paragraphe I, du d du même 3°, du a du 2°, du 3° et du deuxième alinéa du a du 4° du paragraphe II, du b de ce même 4° et enfin du a du 2° et des a et c du 3° du paragraphe III de l'article 30 de la loi déferée.

- Sur certaines dispositions de l'article 4 :

11. L'article 4 réécrit l'article 15 de la loi du 11 janvier 1984, insère un article 32-1 au sein de la loi du 26 janvier 1984 et modifie les articles L. 6144-3 et L. 6144-3-1 du code de la santé publique et L. 315-13 du code de l'action sociale et des familles afin de créer, dans les trois fonctions publiques, une instance paritaire unique. Dénommée comité social d'administration au sein de la fonction publique d'État, comité social territorial au sein de la fonction publique territoriale et comité social d'établissement au sein de la fonction publique hospitalière, cette instance remplace les comités techniques et les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. L'article 4 prévoit que ces comités sociaux comprennent une formation spécialisée en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail lorsque les effectifs des administrations ou établissements en cause dépassent un certain seuil.

12. Les députés requérants soutiennent que ces dispositions méconnaîtraient le principe de participation au motif que ces comités sociaux ne comportent pas toujours une telle formation spécialisée en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail.

13. Il résulte des dispositions de l'article 4 que les comités sociaux d'administration, territoriaux ou d'établissement, qui sont composés de représentants de l'administration et du personnel, connaissent, quel que soit l'effectif de l'administration ou de l'établissement, des questions relatives à la protection de la santé physique et mentale, à l'hygiène, à la sécurité des agents dans leur travail, à l'organisation du travail, au télétravail, aux enjeux liés à la déconnexion et aux dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, à l'amélioration des conditions de travail et aux prescriptions légales afférentes. Ainsi, même lorsqu'aucune formation spécialisée en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail n'est instituée au sein du comité social, les représentants du personnel participent, au sein de ce comité, à la protection de la santé et de la sécurité des agents. Dès lors, le grief tiré de la méconnaissance du droit de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail ne peut qu'être écarté.

14. Il résulte de ce qui précède que le premier alinéa du paragraphe III de l'article 15 de la loi du 11 janvier 1984, le premier alinéa du paragraphe I de l'article 32-1 de la loi du 26 janvier 1984, le premier alinéa du paragraphe III de l'article L. 6144-3 du code de la santé publique, le premier alinéa du paragraphe III de l'article L. 6144-3-1 du même code et le premier alinéa du paragraphe III de l'article L. 315-13 du code de l'action sociale et des familles, qui ne méconnaissent aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution.

- Sur certaines dispositions des articles 16, 18 et 21 et sur l'article 19 :

15. L'article 16 élargit les cas dans lesquels, par exception, des agents contractuels peuvent être recrutés pour occuper les emplois de direction dans la fonction publique d'État, territoriale et hospitalière. Les articles 18 et 21 poursuivent le même objet pour d'autres emplois permanents de l'administration de l'État et de la fonction publique territoriale. L'article 19 permet également aux établissements publics de santé et médico-sociaux de recruter des agents contractuels pour faire face à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité.

16. Les députés requérants soutiennent que ces articles, en ce qu'ils ont pour effet d'étendre largement les possibilités de recours aux agents contractuels, méconnaîtraient le principe selon lequel les emplois permanents de la fonction publique doivent être occupés par des fonctionnaires régis par un statut. Il résulterait également de cette extension une atteinte aux principes d'égalité et de continuité du service public dès lors que les agents contractuels ne disposeraient pas des mêmes garanties que les fonctionnaires et ne seraient pas soumis aux mêmes devoirs.

17. Ces articles méconnaîtraient également le principe d'égal accès aux emplois publics dès lors que seul le recrutement par la voie du concours permettrait de garantir une sélection fondée sur la capacité. Les requérants estiment que le législateur aurait au moins dû rappeler expressément que les exigences résultant du principe d'égal accès aux emplois publics s'appliquent lors d'un recrutement par la voie contractuelle.

18. Par ailleurs, en permettant que des fonctions régaliennes soient exercées par des agents contractuels, le législateur aurait méconnu un principe fondamental reconnu par les lois de la République, que les requérants demandent au Conseil constitutionnel de reconnaître, selon lequel de telles fonctions doivent être exercées par des agents publics bénéficiant du statut de fonctionnaire.

19. Enfin, ces articles seraient entachés d'incompétence négative dans la mesure où ils détermineraient de manière insuffisamment précise les emplois ouverts aux agents contractuels. Plus particulièrement, l'article 16 encourrait ce grief en ce qu'il renvoie au pouvoir réglementaire la détermination de la liste des emplois de direction de l'État pouvant être attribués à des non fonctionnaires ainsi que celle de la liste des établissements publics locaux dont les caractéristiques et l'importance justifient l'ouverture à la voie du recrutement direct pour l'emploi de directeur général. Il en serait de même de l'article 18, en ce qu'il permet de recourir à des emplois contractuels lorsque « la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient » et « lorsque l'emploi ne nécessite pas une formation statutaire donnant lieu à une titularisation dans un corps de fonctionnaires », ces conditions étant insuffisamment précises. Il en serait également ainsi des notions d'« accroissement temporaire » et d'« accroissement saisonnier » d'activité figurant à l'article 19.

- En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance de l'article 34 de la Constitution :

20. Il appartient au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État et déterminer les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, d'édicter les conditions générales d'accès aux emplois publics.

21. Conformément aux articles 3 de la loi du 13 juillet 1983 et 41 de la loi du 26 janvier 1984, les emplois civils permanents de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics à caractère administratif sont occupés par des fonctionnaires.

22. Les articles 16, 18, 19 et 21 prévoient diverses dérogations à ce principe.

23. En application du 1° bis de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984, des 1°, 2° et 3° de l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984, du premier alinéa du 1° et du 2° de l'article 3 de la loi du 9 janvier 1986, tels que modifiés par l'article 16 de la loi déferée, des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire peuvent être nommées aux emplois de direction de l'État, des établissements publics dont les caractéristiques et l'importance le justifient, de certaines collectivités territoriales et de certains établissements publics de coopération intercommunale et des établissements de la fonction publique hospitalière. Il en est également ainsi, en application du 2° de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984, tel que modifié par l'article 18 de la loi déferée, pour certains emplois des établissements publics de l'État.

24. De même, en application des 2° et 3° de l'article 4 de la loi du 11 janvier 1984, tel que modifié par l'article 18 de la loi déferée, des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire peuvent être recrutées lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient, notamment lorsqu'il s'agit de fonctions nécessitant des compétences techniques spécialisées ou nouvelles ou bien lorsque l'autorité de recrutement n'est pas en mesure de pourvoir l'emploi par un fonctionnaire présentant l'expertise ou l'expérience professionnelle adaptée aux missions à accomplir, ou bien encore lorsque l'emploi ne nécessite pas une formation statutaire donnant lieu à titularisation dans un corps de fonctionnaires.

25. Par ailleurs, en application du paragraphe III de l'article 9-1 de la loi du 9 janvier 1986, tel que modifié par l'article 19 de la loi déferée, les établissements publics de santé et médico-sociaux peuvent recruter des agents contractuels pour faire face à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité.

26. Enfin, en application des 2°, 3°, 3° bis et 4° de l'article 3-3 de la loi du 26 janvier 1984, tel que modifié par l'article 21 de la loi déferée, peuvent être occupés par des agents contractuels les emplois permanents de la fonction publique territoriale lorsque les besoins des services ou la nature des fonctions le justifient, tous les emplois de cette fonction publique dans les communes et les groupements de communes comptant un nombre d'habitants inférieur à un certain seuil et, dans les autres collectivités territoriales et sous certaines conditions, tous les emplois à temps non complet.

27. Il résulte de ce qui précède que le législateur a précisément défini les catégories d'emplois publics pouvant, par exception au principe fixé par les lois précitées selon lequel les emplois publics sont occupés par des fonctionnaires, être pourvus par des agents contractuels soumis à un régime de droit public, ainsi que les conditions dans lesquelles le recrutement de tels agents est autorisé pour les autres emplois publics. À cet égard, il pouvait, sans méconnaître l'étendue de sa compétence, renvoyer au pouvoir réglementaire la détermination des emplois de l'État, parmi ceux de direction, ouverts à un recrutement par la voie contractuelle ainsi que la

liste des établissements publics dont les caractéristiques et l'importance justifient que leur directeur général puisse être un agent contractuel. De la même manière, le législateur pouvait prévoir qu'il est recouru à des contractuels pour les emplois publics « lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient » et « pour les emplois publics pour lesquels une formation statutaire n'est pas nécessaire ». Ces notions, comme celles d'« accroissement temporaire » et d'« accroissement saisonnier » d'activité, sont suffisamment précises au regard des exigences imposées au législateur par l'article 34 de la Constitution.

28. Le grief tiré de la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence doit donc être écarté.

- En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité dans l'accès aux emplois publics :

29. En vertu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, tous les citoyens « sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

30. En premier lieu, le principe d'égal accès aux emplois publics n'interdit pas au législateur de prévoir que des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire puissent être nommées à des emplois qui sont en principe occupés par des fonctionnaires.

31. En second lieu, d'une part, il résulte de l'article 15 de la loi déferée, du 1° bis de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984, du cinquième alinéa de l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984, du dernier alinéa de l'article 3 de la loi du 9 janvier 1986 tels que modifiés par l'article 16, que, à l'exception des emplois supérieurs à la décision du Gouvernement, de ceux de directeur général des services d'une collectivité territoriale mentionnés aux 1° et 2° de l'article 47 précédemment mentionné et de ceux de direction de la fonction publique hospitalière, le recrutement d'agents contractuels pour pourvoir des emplois permanents doit respecter une procédure garantissant l'égal accès aux emplois publics. À ce titre, l'autorité compétente assure la publicité de la vacance et de la création de ces emplois.

32. D'autre part, conformément au paragraphe I de l'article 32 de la loi du 13 juillet 1983, il appartient aux autorités compétentes, sous le contrôle du juge, de fonder leur décision de nomination sur la capacité des intéressés à remplir leur mission, y compris pour les emplois pour lesquels la procédure mentionnée au paragraphe précédent ne s'applique pas.

33. Au surplus, en application de l'article 34 de la loi déferée, le recrutement d'un agent contractuel occupant un emploi dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient fait l'objet d'un contrôle déontologique, qui donne lieu, le cas échéant, à un avis de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique.

34. Dès lors, les dispositions contestées ne méconnaissent pas le principe d'égal accès aux emplois publics.

- En ce qui concerne les autres griefs :

35. En premier lieu, conformément à l'article 32 de la loi du 13 juillet 1983, sauf dispositions législatives ou réglementaires contraires, sont applicables aux agents contractuels les chapitres II et IV de cette loi, relatifs respectivement aux garanties des fonctionnaires et à leurs obligations et à leur déontologie. En outre, tout agent contractuel de droit public est soumis aux obligations résultant des principes d'égalité et de continuité inhérents au service public. Le grief tiré de la méconnaissance de ces principes doit donc être écarté.

36. En second lieu, aucune exigence constitutionnelle n'impose que tous les emplois participant à l'exercice de « fonctions régaliennes » soient occupés par des fonctionnaires.

37. Il résulte de tout ce qui précède que les 1° bis et 2° de l'article 3 et les 2° et 3° de l'article 4 de la loi du 11 janvier 1984, les 3°, 3° bis et 4° de l'article 3-3 et les 1°, 2° et 3° de l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984 et le premier alinéa du 1° et le 2° de l'article 3 et le paragraphe III de l'article 9-1 de la loi du 9 janvier 1986, ainsi que le a du 1° du paragraphe I de l'article 21, qui ne méconnaissent aucune autre exigence constitutionnelle, sont conformes à la Constitution. (...)

- Sur l'article 56 :

42. L'article 56 introduit un article 7-2 dans la loi du 26 janvier 1984, afin d'encadrer l'exercice du droit de grève dans certains services publics locaux.

43. Le paragraphe I de cet article 7-2 prévoit que, dans les collectivités territoriales et leurs établissements publics, l'autorité territoriale et les organisations syndicales qui disposent d'au moins un siège dans les instances au sein desquelles s'exerce la participation des fonctionnaires peuvent engager des négociations en vue de la signature d'un accord visant à assurer la continuité de certains services publics. Cet accord, qui doit être approuvé par l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement, détermine les fonctions et le nombre d'agents indispensables ainsi que les conditions d'adaptation de l'organisation du travail et d'affectation des agents présents au sein du service, en cas de perturbation prévisible de ce dernier. À défaut de conclusion d'un accord dans un délai de douze mois, une décision de l'organe délibérant détermine les services, les fonctions et le nombre d'agents indispensables afin de garantir la continuité du service public.

44. Le paragraphe II prévoit notamment que, dans le cas où un préavis de grève a été déposé dans les conditions prévues à l'article L.2512-2 du code du travail, les agents des services mentionnés au paragraphe I informent l'autorité territoriale de leur intention de participer à la grève, au plus tard quarante-huit heures avant cette participation.

45. Le paragraphe III permet à l'autorité territoriale, lorsque l'exercice du droit de grève en cours de service peut entraîner un risque de désordre manifeste dans l'exécution du service, d'imposer aux agents ayant déclaré leur intention de participer à la grève d'exercer leur droit dès leur prise de service et jusqu'à son terme.

46. Le paragraphe IV prévoit notamment que les agents n'ayant pas respecté les obligations qui précèdent sont passibles de sanctions disciplinaires.

47. Selon les députés requérants, ces dispositions seraient contraires au septième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Elles conduiraient, en effet, à ce que les conditions d'exercice du droit de grève dans les services publics locaux varient d'une collectivité territoriale à l'autre, en fonction des accords conclus avec les syndicats ou des décisions de chaque collectivité. Elles apporteraient également des restrictions excessives au droit de grève, d'une part, en obligeant les agents publics, sous peine de sanctions disciplinaires, à déclarer à l'avance leur intention de participer à une grève et, d'autre part, en permettant à l'autorité territoriale d'imposer à ces agents d'exercer ce droit dès leur prise de service et jusqu'à son terme. Enfin, elles ne détermineraient pas avec suffisamment de précision les services publics et les agents susceptibles d'être soumis à ces nouvelles obligations. Pour le même motif, ces dispositions seraient entachées d'incompétence négative, ce qui permettrait à chaque collectivité territoriale de régler discrétionnairement l'exercice du droit de grève.

48. Aux termes du septième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». En édictant cette disposition, les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte. En ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle.

49. En premier lieu, le législateur a précisé que le nouveau dispositif d'encadrement du droit de grève s'applique aux services publics de collecte et de traitement des déchets des ménages, de transport public de personnes, d'aide aux personnes âgées et handicapées, d'accueil des enfants de moins de trois ans, d'accueil périscolaire et de restauration collective et scolaire. Il a également précisé que ce dispositif n'est applicable à ces services publics que lorsque leur interruption, en cas de grève des agents publics participant directement à leur exécution, contreviendrait au respect de l'ordre public, notamment à la salubrité publique, ou aux besoins essentiels des usagers de ces services. En retenant de telles conditions, dont les termes ne sont pas imprécis, le législateur a suffisamment délimité le champ des services publics soumis aux dispositions contestées.

50. En outre, en renvoyant à un accord le soin de déterminer les fonctions et le nombre d'agents indispensables ainsi que les conditions d'organisation du travail et d'affectation au sein du service des agents présents, le législateur a suffisamment encadré le contenu de l'habilitation ainsi donnée aux organisations syndicales et à la collectivité ou à l'établissement.

51. Enfin, en prévoyant que, à défaut de conclusion d'un accord, il revient à l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement de déterminer les services, les fonctions et le nombre d'agents indispensables afin de garantir la continuité du service public, le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence.

52. Il résulte de ce qui précède que le grief tiré de l'incompétence négative du législateur doit être écarté.

53. En deuxième lieu, l'obligation de déclaration préalable de participation à la grève, qui ne saurait être étendue à l'ensemble des agents, n'est opposable qu'aux seuls agents participant directement à l'exécution des services publics mentionnés ci-dessus et qualifiés d'« indispensables » à la continuité du service public dans l'accord ou dans la délibération de la collectivité ou de l'établissement. Par ailleurs, une telle obligation n'interdit pas à un de ces agents de rejoindre un mouvement de grève déjà engagé et auquel il n'avait pas initialement l'intention de participer, ou auquel il aurait cessé de participer, dès lors qu'il en informe l'autorité territoriale au plus tard quarante-huit heures à l'avance.

54. En troisième lieu, en permettant à l'autorité territoriale d'imposer aux agents en cause d'exercer leur droit de grève dès leur prise de service et jusqu'au terme de ce dernier, le législateur a entendu prévenir les risques de désordre manifeste dans l'exécution du service public causés par l'interruption ou la reprise du travail en cours de service. Cette restriction apportée aux conditions d'exercice du droit de grève tend ainsi à éviter le recours répété à des grèves de courte durée mettant en cause la continuité du service public. Par ailleurs, elle n'oblige pas l'agent qui souhaite cesser son travail à le faire dès sa première prise de service postérieure au déclenchement de la grève.

55. En dernier lieu, les sanctions disciplinaires contestées sont uniquement destinées à réprimer l'inobservation des obligations de déclaration préalable et d'exercice du droit de grève dès la prise de service, dont la méconnaissance ne confère pas à l'exercice du droit de grève un caractère illicite.

56. Il résulte de tout ce qui précède que les aménagements ainsi apportés aux conditions d'exercice du droit de grève ne sont pas disproportionnés au regard de l'objectif poursuivi par le législateur. Le grief tiré de la méconnaissance du septième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 doit donc être écarté.

57. Par conséquent, l'article 7-2 de la loi du 26 janvier 1984, qui ne reconnaît aucune autre exigence constitutionnelle, est conforme à la Constitution. (...)

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DÉCIDE :

Article 1^{er}. - Sont conformes à la Constitution les dispositions suivantes :

- les mots « et à l'examen de décisions individuelles dont la liste est établie par décret en Conseil d'État » figurant à l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dans sa rédaction résultant de l'article 1^{er} de la loi de transformation de la fonction publique ;
- le premier alinéa du paragraphe III de l'article 15 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, le premier alinéa du paragraphe I de l'article 32-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, le premier alinéa du paragraphe III de l'article L. 6144-3 du code de la santé publique, le premier alinéa du paragraphe III de l'article L. 6144-3-1 du même code et le premier alinéa du paragraphe III de l'article L. 315-13 du code de l'action sociale et des familles, dans leur rédaction résultant de l'article 4 de la loi déferée ;
- le cinquième alinéa de l'article 14 de la même loi du 11 janvier 1984, le premier alinéa de l'article 30 de la même loi du 26 janvier 1984 et le paragraphe I de l'article 21 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, dans leur rédaction résultant de l'article 10 de la loi déferée ;
- le a du 3^o du paragraphe III, les a et b du 1^o, le 2^o et le 4^o du paragraphe IV et le b du 6^o du paragraphe V de l'article 10 de la loi déferée ;
- les 1^o bis et 2^o de l'article 3 et les 2^o et 3^o de l'article 4 de la même loi du 11 janvier 1984, dans leur rédaction résultant des articles 16 et 18 de la loi déferée ;
- le premier alinéa du 1^o et le 2^o de l'article 3 et le paragraphe III de l'article 9-1 de la même loi du 9 janvier 1986, dans leur rédaction résultant des articles 16 et 19 de la loi déferée ;
- les 3^o, 3^o bis et 4^o de l'article 3-3 et les 1^o, 2^o et 3^o de l'article 47 de la même loi du 26 janvier 1984, dans leur rédaction résultant des articles 16 et 21 de la loi déferée ;
- le a du 1^o du paragraphe I de l'article 21 de la loi déferée ;
- le a du 2^o et le deuxième alinéa du c du 3^o du paragraphe I, le d du même 3^o, le a du 2^o, le 3^o et le deuxième alinéa du a du 4^o du paragraphe II, le b de ce même 4^o et le a du 2^o et les a et c du 3^o du paragraphe III de l'article 30 de la loi déferée ;
- le premier alinéa de l'article L. 232-3 du code de l'éducation et les mots « Hormis son président » figurant au deuxième alinéa du même article, dans sa rédaction résultant de l'article 33 de la loi déferée ;
- l'article 7-2 de la même loi du 26 janvier 1984, dans sa rédaction résultant de l'article 56 de la loi déferée ;
- les paragraphes I et III de l'article 15 de la même loi du 13 juillet 1983, dans sa rédaction issue de l'article 76 de la loi déferée.

Article 2. - Cette décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Note.

Les décisions du Conseil constitutionnel relatives au statut des fonctionnaires ne sont pas courantes. Les textes en la matière sont, en effet, relativement anciens et font rarement l'objet de modifications (les réformes s'opérant surtout par voie réglementaire).

Si cette décision du 1^{er} août 2019 intéresse principalement les fonctionnaires, elle intéresse plus largement l'ensemble des travailleurs, puisque les problèmes juridiques abordés en l'espèce se déploient bien au-delà de la seule fonction publique.

Principalement, trois questions étaient posées dans cette décision : le législateur peut-il encadrer le droit

de grève des fonctionnaires territoriaux (I) ? Peut-il également limiter la participation des agents à la détermination de leurs conditions de travail (II) ? Enfin, est-il possible de recruter des agents de direction par le biais d'un contrat de travail (de droit privé), et non par la voie « normale » du concours (III) ?

I. En matière de droit de grève, le nouveau régime soumis à l'examen du Conseil innove sur deux points : il consacre la possibilité, pour une autorité territoriale, d'encadrer (voire d'interdire) l'exercice du droit de grève des agents lorsque certaines conditions sont remplies ; il énumère aussi un certain nombre de nouvelles obligations qui s'imposent aux agents grévistes, notamment une obligation de préavis.

En ce qui concerne l'encadrement du droit de grève, l'article 7-2 de la loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale prévoit que l'autorité territoriale et les organisations syndicales qui disposent d'au moins un siège dans les instances au sein desquelles s'exerce la participation des fonctionnaires peuvent engager des négociations en vue de la signature d'un accord «*visant à assurer la continuité des services publics*» – formule polie pour dire que l'exercice du droit de grève sera limité ou même interdit. La disposition précise que les services publics en question concernent la collecte et le traitement des déchets des ménages, le transport public de personnes, l'aide aux personnes âgées et handicapées, l'accueil des enfants de moins de trois ans, l'accueil périscolaire et la restauration collective et scolaire. L'interruption de ces services, précise encore la loi, doit menacer «*l'ordre public, notamment à la salubrité publique*» ou porter atteinte «*aux besoins essentiels des usagers de ces services*». En vérité, l'énumération ne doit pas tromper : la nouvelle disposition concerne la très grande majorité des services publics locaux, étant précisé qu'une grève dans l'un de ces services sera toujours susceptible de frapper un «*besoin essentiel des usagers*» pour la bonne raison qu'il s'agit de services publics (qui sont, par définition, «*essentiels*»).

Que se passe-t-il si la négociation n'aboutit pas à la conclusion d'un accord ? Dans ce cas, précise l'article 7-2, à défaut d'accord dans un délai de douze mois après le début des négociations, les services, les fonctions et le nombre d'agents indispensables afin de garantir la continuité du service public sont déterminés... par délibération de l'organe délibérant – seul !

Les requérants voyaient, dans l'instauration de ce service public minimum par un accord forcé, une atteinte au droit de grève protégé par le 7^{ème} alinéa du Préambule, ainsi qu'une «*incompétence négative*», puisque la loi autorise une simple convention à régler le droit de grève. Mais, fidèle à sa jurisprudence passée, le Conseil écarte ces griefs en estimant que le législateur «*a suffisamment délimité le champ des services publics soumis aux dispositions contestées*», alors pourtant que la disposition en cause couvre la majorité des services publics locaux, compte tenu d'une rédaction particulièrement généreuse. Le juge précise, en outre, qu'en renvoyant à un accord le soin de déterminer les fonctions et le nombre d'agents indispensables, ainsi que les conditions d'organisation du travail, le législateur «*a suffisamment encadré le contenu de l'habilitation ainsi donnée aux organisations syndicales et à la collectivité ou à l'établissement*». En réalité, sur ce point aussi, la loi est rédigée dans des termes tellement généraux qu'elle offre, à vrai dire, toute latitude à l'autorité locale pour limiter l'exercice

du droit de grève de ses agents – sans que cela ne conduise le Conseil à prononcer une censure.

En ce qui concerne ensuite les obligations imposées aux agents lors des mouvements de grève, l'article 7-2 impose deux sortes de contraintes aux agents grévistes : une obligation d'information de l'exercice du droit de grève adressée à l'autorité territoriale au plus tard quarante-huit heures avant de participer à la grève ; et la possibilité, pour l'autorité territoriale, d'imposer aux agents grévistes d'exercer leur droit «*dès leur prise de service et jusqu'à son terme*» lorsque l'exercice du droit de grève en cours de service peut entraîner un «*risque de désordre manifeste dans l'exécution du service*».

À propos de l'obligation de déposer un préavis, les requérants dénonçaient une atteinte au droit de grève en ce que cette obligation s'assimile, selon eux, à un régime «*d'autorisation préalable*» contraire au 7^{ème} alinéa du Préambule. Le Conseil répond, sans surprise, au regard de sa jurisprudence passée, qu'une telle obligation ne méconnaît pas la Constitution. Néanmoins, il précise que cette contrainte ne peut frapper que les seuls agents participant directement à l'exécution des services publics indispensables à la continuité du service public et que, en tout état de cause, un agent qui n'avait pas initialement l'intention de participer à la grève pourra toujours rejoindre un mouvement déjà engagé, dès lors qu'il en informe l'autorité territoriale au plus tard quarante-huit heures à l'avance. Ces précisions, si elles ne conduisent pas à prononcer la censure de l'obligation de préavis, n'en restent pas moins intéressantes dans la mesure où elles témoignent, à notre sens, d'un contrôle relativement strict des modalités d'application du nouveau régime (ce qui n'est pas dans les habitudes du Conseil).

Quant à la possibilité offerte à l'autorité territoriale d'imposer aux agents grévistes d'exercer leur droit «*dès leur prise de service et jusqu'à son terme*» – c'est-à-dire de fixer une interdiction des grèves tournantes dans un même service, le Conseil estime que cette contrainte se justifie par la nécessité «*d'éviter le recours répété à des grèves de courte durée mettant en cause la continuité du service public*» et qu'elle «*n'oblige pas l'agent qui souhaite cesser son travail à le faire dès sa première prise de service postérieure au déclenchement de la grève*». Là encore, si le Conseil ne censure pas la mesure de restriction imposée aux agents, son argumentation témoigne, sans doute, d'une volonté de réaliser un contrôle relativement «*serré*» des mesures limitant l'exercice du droit de grève.

II. En matière de droit à participation des agents, les requérants pointaient deux problèmes posés par la réforme.

En premier lieu, la nouvelle loi supprime ou réduit certaines compétences des « commissions administratives paritaires » (c'est-à-dire des commissions composées à la fois de représentants de l'autorité publique et de représentants des agents), notamment les compétences en matière de décisions individuelles. Ces décisions individuelles, concernant les agents, étaient, en effet, jusqu'à lors, systématiquement soumises à ces commissions paritaires, mais le législateur a souhaité limiter la compétence des commissions à certaines décisions individuelles seulement. Sont notamment exclues par le nouveau dispositif les décisions de mutation comportant changement de résidence ou modification de la situation des fonctionnaires, ainsi que les décisions portant établissement de la liste d'aptitude pour la promotion interne et l'avancement de grade. En supprimant le « regard » des représentants des agents sur ces décisions importantes pour la carrière des fonctionnaires, le législateur aurait, selon les requérants, porté une atteinte inconstitutionnelle au 8^{ème} alinéa du Préambule.

Mais le Conseil rejette l'argumentation en jugeant, de manière assez surprenante, que les décisions individuelles, relevant par nature d'un élément « individuel » de la carrière de l'agent, le principe de participation ne saurait s'appliquer, car il implique une détermination « collective » des conditions de travail. En quelque sorte, le 8^{ème} alinéa est ici sans objet.

Le raisonnement serait valable si aucune décision individuelle n'était soumise aux commissions paritaires. Or, il se trouve que le législateur a maintenu l'avis des commissions pour certaines décisions individuelles (par exemple celles relatives à la discipline et au licenciement pour insuffisance professionnelle), ce qui démontre la nécessité de faire intervenir les représentants des agents sur ces questions sensibles, et donc l'effectivité du droit à participation. Dit autrement, on ne peut maintenir l'avis des commissions paritaires pour certaines décisions individuelles et dire, en même temps, que le droit à participation est alors sans objet. Un tel raisonnement serait pour le moins illogique. Mais le Conseil en a décidé autrement...

En second lieu, les requérants dénonçaient également l'instauration des nouveaux « comités sociaux » en remplacement des anciens CHSCT de la fonction publique. Plus précisément, ils critiquaient le fait que ces comités sociaux ne comportent pas toujours une formation spécialisée en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail, car cette formation est imposée par la loi seulement dans le cas où l'administration en cause dépasse un certain seuil

d'effectifs. Or, en l'absence d'une telle formation, les conditions de travail des agents pourraient être moins bien préservées, ce qui constituerait alors un net recul dans la garantie des droits sociaux des travailleurs.

Mais, sur ce point aussi, le Conseil écarte le grief tiré de l'atteinte au 8^{ème} alinéa du Préambule et juge que l'absence de formation spécialisée n'empêche pas les comités sociaux de se saisir des questions relatives à la santé, à la sécurité et aux conditions de travail des salariés. On se demande alors pourquoi la loi n'impose pas *systématiquement* une telle formation spécialisée, et pourquoi elle l'exige seulement pour certains établissements. Rien ne permet de justifier une telle différence. Là encore, le raisonnement du Conseil paraît un peu étonnant.

III. Un dernier élément a fait débat dans cette décision : la question de savoir si des postes de direction dans la fonction publique territoriale peuvent, ou non, faire l'objet d'un contrat de travail de droit privé.

L'une des dispositions de la nouvelle loi permet, en effet, le recrutement d'agents dans un emploi de direction sans passer par la voie habituelle du concours. Or, les députés requérants soutenaient qu'une telle situation entraînerait une atteinte aux principes d'égalité et de continuité du service public, dès lors que les agents contractuels ne disposent pas des mêmes garanties que les fonctionnaires et ne sont pas soumis aux mêmes devoirs. Les requérants invoquaient également l'atteinte à un « principe fondamental reconnu par les lois de la République », en vertu duquel les fonctions régaliennes doivent toujours être exercées par des agents publics bénéficiant du statut de fonctionnaire.

Mais le Conseil rejette ces arguments sans ménagement, en estimant qu'un tel « principe fondamental reconnu par les lois de la République » n'existe pas et que, en tout état de cause, rien « *n'interdit au législateur de prévoir que des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire puissent être nommées à des emplois qui sont, en principe, occupés par des fonctionnaires* », quel que soit l'emploi concerné.

À bien lire cette décision, on peut donc en déduire – et c'est un enseignement important – qu'il n'existe aucun principe constitutionnel imposant au Parlement de réserver certains emplois de l'administration à des fonctionnaires, y compris les postes mettant en scène les fonctions régaliennes et/ou de direction de l'État. Il nous semble qu'il s'agit là, tout de même, d'une conception très (trop ?) « libérale » de la fonction publique !

Pierre-Yves Gahdoun