



Commentaire

Décision n° 2020-860 QPC du 15 octobre 2020

Syndicat des agrégés de l'enseignement supérieur et autre

(Assistance d'un fonctionnaire durant une rupture conventionnelle)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 16 juillet 2020 par le Conseil d'État (décision n°s 439031 et 439216 du 15 juillet 2020) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par le syndicat des agrégés de l'enseignement supérieur (SAGES) et par le syndicat national des collèges et des lycées (SNCL) portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du dixième alinéa du paragraphe I de l'article 72 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

Dans sa décision n° 2020-860 QPC du 15 octobre 2020, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution le mot « *représentative* » figurant à ce dixième alinéa.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et objet des dispositions contestées

Le droit de la fonction publique et le droit du travail répondent à des logiques *a priori* difficilement conciliables. Le premier repose sur une logique statutaire¹ tandis que le second repose sur une logique contractuelle. Toutefois, la période récente a révélé un phénomène croissant d'influence du droit du travail sur le droit de la fonction publique². Lorsqu'ils commentent les dernières réformes, les auteurs évoquent volontiers une « *privatisation* » voire une « *travaillisation* » du droit de la fonction publique³. Ces dernières années ont, ainsi, vu se multiplier les techniques

¹ Article 4 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « *Le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire* ».

² Dirk Baugard, « Les rapports droit du travail – droit de la fonction publique vus du droit privé » et Emmanuelle Marc, « Les rapports droit du travail – droit de la fonction publique vus du droit public », *Les CFP*, suppl. n° 340, 2014, respectivement p. 38 et p. 46 ; Yves Saint-Jours, « La pénétration du droit du travail dans la fonction publique », *in Tendances du droit du travail français contemporain. Études offertes à G.-H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, p. 231.

³ Mathieu Touzeil-Divina, « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *AJFP*, 2010, p. 228 ; Didier Jean-Pierre, « La privatisation du droit de la fonction publique », *JCP A*, 15 juillet 2003, n° 29.

contractuelles au sein de la fonction publique⁴. En témoignent, par exemple, l'élargissement des dérogations au principe de l'occupation des emplois permanents par des fonctionnaires ou encore le développement de la négociation collective. C'est dans ce mouvement que s'inscrit le dispositif de rupture conventionnelle applicable à la fonction publique.

1. – La rupture conventionnelle dans la fonction publique

Introduite dans le code du travail par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, la rupture conventionnelle est un mode de rupture d'un contrat de travail à durée indéterminée. La procédure prévue aux articles L. 1237-11 et suivants de ce code veille à garantir le consentement libre et éclairé du salarié. Ainsi, la conclusion d'une telle convention doit être précédée d'un ou plusieurs entretiens au cours desquels le salarié peut se faire assister soit par « *une personne de son choix appartenant au personnel de l'entreprise, qu'il s'agisse d'un salarié titulaire d'un mandat syndical ou d'un salarié membre d'une institution représentative du personnel ou tout autre salarié* », soit « *en l'absence d'institution représentative du personnel dans l'entreprise, par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative* » (article L. 1237-12).

Afin « *de favoriser la mixité des carrières publiques et privées* »⁵, l'article 72 de la loi du 6 août 2019 précitée a mis en place un dispositif expérimental, applicable du 1^{er} janvier 2020 au 31 décembre 2025, permettant aux fonctionnaires⁶ et agents contractuels à durée indéterminée⁷ des trois versants de la fonction publique de conclure une rupture conventionnelle avec leur administration.

Les deux premiers alinéas de son paragraphe I prévoient ainsi que l'administration et le fonctionnaire peuvent convenir en commun des conditions de la cessation définitive des fonctions, qui entraîne radiation des cadres et perte de la qualité de fonctionnaire. La rupture conventionnelle, qui ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties, résulte d'une convention signée par les deux parties, laquelle définit notamment le montant de l'indemnité spécifique de rupture, qui ne peut être inférieur à un montant fixé par décret.

⁴ Pierre Villeneuve, « Demain tous contractuels ? À propos du projet de loi de transformation de la fonction publique du 14 février 2019 », *JCPA*, 2019, act. 117.

⁵ Exposé des motifs du projet de loi.

⁶ Sont exclus du dispositif les stagiaires, les fonctionnaires ayant atteint l'âge d'ouverture du droit à une pension de retraite et ceux détachés en qualité d'agent contractuel.

⁷ S'agissant des agents contractuels, la loi renvoie au décret le soin de prévoir les modalités d'application et l'organisation de la procédure (paragraphe III de l'article 72).

2. – L’assistance du fonctionnaire au cours de la procédure

* Le dixième alinéa du paragraphe I de l’article 72 de la loi du 6 août 2019, objet de la QPC, permet au fonctionnaire de « *se faire assister par un conseiller désigné par une organisation syndicale représentative de son choix* ».

Ces dispositions figuraient dans le projet de loi déposé par le Gouvernement. Au cours des débats, l’Assemblée nationale a rejeté un amendement qui aurait permis au fonctionnaire de se faire assister par toute personne de son choix. À l’appui de son avis défavorable, M. Olivier Dussopt, secrétaire d’État auprès du ministre de l’action et des comptes publics, a expliqué : « *l’idée est que, dans l’hypothèse où un agent public refuserait une rupture conventionnelle proposée par l’employeur et connaîtrait postérieurement des difficultés, comme des formes de mauvais traitement ou de discrimination, le conseiller syndical puisse le défendre et alerter les instances compétentes. C’est pour cette raison que nous avons voulu donner à l’agent la faculté de désigner la personne de son choix parmi les représentants syndicaux* ». Il a ajouté qu’il convenait d’« *être fidèle aux discussions que nous avons eues avec les organisations syndicales et les représentants des employeurs* »⁸.

* Le détail de la procédure est précisé par le décret n° 2019-1593 du 31 décembre 2019 relatif à la procédure de rupture conventionnelle dans la fonction publique.

Elle peut être engagée à l’initiative du fonctionnaire ou de l’administration par lettre recommandée ou remise en main propre. Un entretien relatif à cette demande, conduit par l’autorité hiérarchique, territoriale ou investie du pouvoir de nomination, doit se tenir au moins dix jours francs et au plus tard un mois après la réception de la lettre. Il peut être organisé, le cas échéant, d’autres entretiens. Ces différents entretiens portent principalement sur les motifs de la demande et le principe de la rupture conventionnelle, la fixation de la date de la cessation définitive des fonctions, le montant envisagé de l’indemnité et les conséquences de la cessation définitive des fonctions, notamment le bénéfice de l’assurance chômage⁹.

S’agissant de l’assistance dont le fonctionnaire peut bénéficier, l’article 3 du décret prévoit, en son premier alinéa, que « *le fonctionnaire qui souhaite se faire assister par un conseiller désigné par une organisation syndicale représentative de son choix au cours du ou des entretiens en informe au préalable l’autorité avec laquelle la procédure est engagée* ».

⁸ Compte rendu des débats, 2^{ème} séance du 20 mai 2019.

⁹ Articles 2 et 4 du décret du 31 décembre 2019 précité.

Son deuxième alinéa précise que sont représentatives « *les organisations syndicales disposant d'au moins un siège, selon le cas, au comité social d'administration ministériel, de réseau ou de proximité, au comité social territorial ou au comité social d'établissement de l'établissement ou du groupement de coopération sanitaire de moyens de droit public dans lequel l'agent exerce ses fonctions ou au comité consultatif national mentionné à l'article 25 de la loi du 9 janvier 1986* »¹⁰. Ces dispositions complètent ainsi les règles générales de représentativité syndicale dans la fonction publique, qui reposent sur des critères d'ancienneté, de respect des valeurs républicaines et d'indépendance et qui imposent d'avoir au moins un élu dans l'instance de représentation du personnel pertinente.

Le troisième alinéa de l'article 3 du décret prévoit que, à défaut de représentant du personnel relevant d'organisations syndicales représentatives au sein du comité social territorial (fonction publique territoriale) ou du comité social d'établissement (fonction publique hospitalière), le fonctionnaire peut se faire assister « *par un conseiller syndical de son choix* ».

B. – Origine de la QPC et question posée

Le SAGES et le SNCL avaient déposé un recours pour excès de pouvoir contre le décret du 31 décembre 2019 précité, pris pour l'application de l'article 72 de la loi du 6 août 2019 précitée. À cette occasion, ils avaient posé une QPC relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dixième et onzième alinéas du paragraphe I de cet article.

Par sa décision du 15 juillet 2020 précitée, le Conseil d'État avait renvoyé cette question au Conseil constitutionnel, mais uniquement en ce qu'elle portait sur le dixième alinéa, qui exclut qu'un fonctionnaire puisse faire appel à un conseiller désigné par un syndicat non représentatif, aux motifs que « *le moyen tiré de ce que [ces dispositions] méconnaîtraient les droits et libertés garantis par la Constitution, notamment le principe d'égalité et les droits proclamés au sixième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, soulève une question qui peut être regardée comme présentant un caractère sérieux* ».

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

Les syndicats requérants reprochaient aux dispositions renvoyées d'interdire aux organisations syndicales non représentatives d'assister un fonctionnaire au cours

¹⁰ Depuis la loi du 6 août 2019 précitée, les comités sociaux constituent l'instance de dialogue social ayant fusionné les comités techniques (CT) et les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

d'une procédure de rupture conventionnelle. Ils soutenaient qu'elles instaurent deux différences de traitement injustifiées : l'une entre les syndicats représentatifs et les syndicats non représentatifs ; l'autre entre les fonctionnaires, selon qu'ils sont ou non adhérents d'un syndicat représentatif. Il en résultait selon eux une méconnaissance du principe d'égalité devant la loi. Ils soutenaient également que ces dispositions étaient contraires à la liberté syndicale, à la liberté personnelle, à la garantie des droits, à la liberté contractuelle, à la liberté d'entreprendre des syndicats et à des principes, qu'ils invitaient le Conseil constitutionnel à reconnaître, de pluralisme syndical et de libre concurrence entre syndicats.

Au regard de ces griefs, le Conseil constitutionnel a jugé que la QPC portait uniquement sur le mot « *représentative* » figurant au dixième alinéa du paragraphe I de l'article 72 de la loi du 6 août 2019 (paragr. 3).

A. – La jurisprudence constitutionnelle sur le principe d'égalité devant la loi

Le principe d'égalité devant la loi résulte de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ». De manière constante, le Conseil constitutionnel juge que « *le principe d'égalité 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* »¹¹.

Lorsque le Conseil est saisi d'un grief relatif au principe d'égalité entre syndicats, il est fréquent que s'y ajoute une critique reposant sur la liberté syndicale garantie par le sixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, qui dispose que « *Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* ». Dès lors, le Conseil répond parfois à ces deux griefs en même temps.

Ainsi, dans la décision n° 2010-68 QPC du 19 novembre 2010, saisi d'une disposition qui réservait à certaines organisations syndicales le droit de présenter des listes de candidats aux élections, il a jugé que « *le législateur a fondé le régime de la représentativité des organisations syndicales des professionnels de santé et celui de la passation des conventions nationales sur l'audience de ces organisations aux élections aux unions régionales des professionnels de santé ; qu'en prenant en*

¹¹ Par exemple, récemment : décision n° 2020-842 QPC du 28 mai 2020, *M. Rémi V. (Conditions de déduction de la contribution aux charges du mariage)*, paragr. 4.

compte le résultat de ces élections, il a entendu établir un lien entre ces unions et les organisations habilitées à participer à la négociation des conventions nationales ; qu'en réservant la présentation des listes de candidats aux organisations syndicales bénéficiant d'une ancienneté minimale de deux ans et qui sont présentes sur le territoire national dans au moins la moitié des départements et la moitié des régions, il a voulu éviter la dispersion de la représentation syndicale sur le plan national ; qu'il n'a porté atteinte ni au principe d'égalité ni à la liberté syndicale »¹².

Dans le même sens, dans la décision n° 2011-216 QPC du 3 février 2012, il a jugé « *qu'en subordonnant la désignation d'un représentant syndical au comité d'entreprise à la condition pour un syndicat d'y avoir des élus, le législateur n'a méconnu ni le principe d'égalité entre les organisations syndicales, ni la liberté syndicale, ni aucune autre exigence constitutionnelle »¹³.*

Toutefois, le plus souvent, le grief reposant sur le principe d'égalité fait l'objet d'une réponse spécifique. Ainsi, dans la décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a jugé que « *les organisations syndicales qui, selon leurs statuts, ont vocation à représenter certaines catégories de travailleurs et qui sont affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale ne se trouvent pas dans la même situation que les autres organisations syndicales ; qu'en prévoyant que, pour les organisations syndicales catégorielles, le seuil de 10 % est calculé dans les seuls collèges dans lesquels elles ont vocation à présenter des candidats, le législateur a institué une différence de traitement en lien direct avec l'objet de la loi ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration de 1789 doit être écarté »¹⁴.*

Dans une autre décision, il a considéré que « *les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs ont pour objet la défense des droits et des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des salariés, pour les premières, et des employeurs, pour les secondes ; que la nature des intérêts que ces deux catégories d'organisations défendent les place dans une situation différente au regard des règles qui organisent le paritarisme ; qu'ainsi, en prévoyant que le montant des crédits alloués aux organisations syndicales de salariés au titre de la mission liée au paritarisme est réparti de façon uniforme entre elles, alors même que d'autres règles sont prévues pour la répartition du montant des crédits alloués aux organisations professionnelles d'employeurs à ce titre, le législateur a*

¹² Décision n° 2010-68 QPC du 19 novembre 2010, *Syndicat des médecins d'Aix et région (Représentation des professions de santé libérales)*, cons. 8.

¹³ Décision n° 2011-216 QPC du 3 février 2012, *M. Franck S. (Désignation du représentant syndical au comité d'entreprise)*, cons. 5.

¹⁴ Décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres (Représentativité des syndicats)*, cons. 7.

traité différemment des situations différentes ; que cette différence de traitement est en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi doit être écarté »¹⁵.

Lorsqu'il n'existe pas de différence de situation justifiant la différence de traitement et qu'aucun objectif d'intérêt général ne peut être identifié, le Conseil censure la disposition contestée. Par exemple, saisi de dispositions du code du travail, il a jugé qu'« *en prévoyant que seules les organisations syndicales qui ont signé un accord d'entreprise ou d'établissement et ont souhaité le soumettre à la consultation des salariés sont appelées à conclure le protocole fixant les modalités d'organisation de cette consultation, les dispositions contestées instituent une différence de traitement qui ne repose ni sur une différence de situation ni sur un motif d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la loi* »¹⁶. En effet, toutes les organisations syndicales sont intéressées par la définition de ces modalités d'organisation, qui ont vocation à s'appliquer dans le cadre de l'adoption d'un accord qui vaudra ensuite pour tous les salariés de l'entreprise ou de l'établissement.

B. – L'application à l'espèce

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel a opéré un contrôle des dispositions contestées au regard de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Après avoir rappelé sa formulation de principe relative au principe d'égalité devant la loi (paragr. 4) et précisé l'objet de l'article 72 de la loi du 6 août 2019 précitée (paragr. 5), il a constaté que les dispositions contestées établissaient une différence de traitement entre les organisations syndicales représentatives et les organisations syndicales non représentatives, seules les premières pouvant assister un fonctionnaire concerné par une procédure de rupture conventionnelle (paragr. 6).

Le Conseil s'est ensuite attaché à déterminer si cette différence de traitement était justifiée.

Il est évident que les syndicats représentatifs, en raison de leur audience et de leur rôle au sein des organismes consultatifs, ne sont pas dans la même situation que les autres syndicats. Des prérogatives particulières peuvent donc leur être réservées, à

¹⁵ Décision n° 2015-502 QPC du 27 novembre 2015, *Syndicat Confédération générale du travail (Modalités de répartition, entre les organisations syndicales de salariés, des crédits du fonds paritaire alloués à la mission liée au paritarisme)*, cons. 7.

¹⁶ Décision n° 2017-664 QPC du 20 octobre 2017, *Confédération générale du travail - Force ouvrière (Conditions d'organisation de la consultation des salariés sur un accord minoritaire d'entreprise ou d'établissement)*, paragr. 10.

condition toutefois que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi.

Or, en l'espèce, en adoptant les dispositions contestées, le législateur avait entendu « *accorder une garantie au fonctionnaire durant la procédure de rupture conventionnelle* ». Or, ainsi que le Conseil l'a relevé, « *le caractère représentatif ou non d'un syndicat ne détermine pas la capacité du conseiller qu'il a désigné à assurer l'assistance du fonctionnaire dans ce cadre* ». Il en a déduit que la différence de traitement était sans rapport avec l'objet de la loi (paragr. 7).

La question posée était ainsi très différente des précédents jurisprudentiels qui avaient validé des dispositions accordant des prérogatives spécifiques à des organisations représentatives au motif qu'étaient alors en jeu des intérêts collectifs, tels que l'élection de représentants syndicaux (décisions n^{os} 2010-42 QPC et 2010-68 QPC précitées), la désignation des personnes appelées à siéger au sein d'une instance représentative du personnel (décision n^o 2011-216 QPC précitée) ou le pouvoir de s'opposer à un accord collectif (décision n^o 2006-544 DC du 14 décembre 2006)¹⁷.

Par conséquent, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions contestées contraires à la Constitution (paragr. 8).

S'agissant des effets dans le temps de cette déclaration d'inconstitutionnalité, le Conseil a considéré que rien ne justifiait de les différer ni de les limiter : la censure s'applique donc immédiatement, à toutes les affaires non jugées définitivement à la date de la publication de la décision (paragr. 10).

¹⁷ Décision n^o 2006-544 DC du 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, cons. 28, quoique celle-ci ne se prononce pas explicitement au regard du principe d'égalité devant la loi.