

### JOUR DE CARENCE : Analyse juridique\*

#### Circulaire d'application de l'article 105

L'article 105 de la loi de finances 2012 du 28 décembre 2011 instaure, en cas de maladie ordinaire, un jour de carence pour les agents publics. Cette disposition se traduit par la retenue de 1/30<sup>ème</sup> de la rémunération (traitement, primes et indemnités), au titre du premier jour de maladie.

La loi de finances précitée ne prévoit pas, aux termes de ses dispositions, de modifier le Statut général des fonctionnaires, notamment l'article 34 alinéa 2 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, lequel dispose que le fonctionnaire en activité a droit « à des congés de maladie dont la durée totale peut atteindre un an pendant une période de douze mois consécutifs en cas de maladie dûment constatée mettant l'intéressé dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions. Celui-ci conserve alors l'intégralité de son traitement pendant une durée de trois mois ; ce traitement est réduit de moitié pendant les neuf mois suivants. Le fonctionnaire conserve, en outre, ses droits à la totalité du supplément familial de traitement et de l'indemnité de résidence ».

Le gouvernement a choisi de prendre une simple circulaire, pour assurer la mise en application de cette nouvelle disposition (CIR : MFPP 1205478C du 24 février 2012).

La question qui se pose est de savoir dans quelle mesure cette disposition, contraire au Statut général, est légale et si un recours judiciaire peut être envisagé.

Cette interrogation amène une réflexion juridique préalable sous quatre angles :

- La hiérarchie des normes.  
Une analyse rapide permet d'examiner la place réservée au Statut général des fonctionnaires et par quel type de « norme », au sein de cette hiérarchie, une modification dudit Statut peut être envisagée et partant, qualifiée ou non de légale.
- La nature même de la loi de finances.  
Celle-ci obéit-elle ou pas à un domaine d'application particulier et, le législateur peut-il, par une telle loi, porter indirectement atteinte au Statut général des fonctionnaires et en cela, à leur rémunération.
- La place de la rémunération dans le statut Général.  
La rémunération, en tant que telle, entre-t-elle dans le champ des garanties statutaires fondamentales accordées aux fonctionnaires.
- Quel est le rôle attribué aux organisations syndicales dans la préservation de ces garanties ?

\* (Avec la collaboration de Maître Maagano WA NSANGA ALLEGRET)

## 1 – La place du statut général des fonctionnaires dans la hiérarchie des normes

Le système juridique français est structuré selon un principe essentiel : la hiérarchisation des normes. Ce système pyramidal implique que la norme de niveau supérieur s'impose automatiquement à celle de niveau inférieur.

Schématiquement, la hiérarchie des normes comporte 3 niveaux juridiques :

- ▶ le bloc fondamental constitutionnel ;
- ▶ le bloc législatif et réglementaire ;
- ▶ le bloc des actes conventionnels.

Ainsi, une norme inférieure doit absolument être conforme avec la totalité des règles qui lui sont supérieures. Un décret devra être conforme à la Loi, la Loi à la Constitution, un contrat à un décret etc...

Au sein de cette hiérarchie tant la loi de finances que le Statut général des fonctionnaires constituent des lois ordinaires : ils se situent donc au même rang.

Le caractère légal mais aussi réglementaire de la situation des fonctionnaires est admis de la façon la plus claire par l'article 4 de la loi du 13 juillet 1983 : « *Le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire* ».

Ainsi, la situation de l'agent résulte des règles générales, d'un statut fixé par la loi ou le règlement et non d'un contrat passé entre l'administration et lui. Il en résulte notamment que la nomination du fonctionnaire n'est pas un élément d'un accord contractuel mais un acte unilatéral de l'administration. La situation résultant du statut doit être la même pour tous les agents se trouvant dans la même catégorie (les conventions particulières passées entre l'administration et un de ses agents, en vue de l'établir dans une situation spéciale, sont illégales).

Les fonctionnaires ne peuvent renoncer à aucun élément de leur statut. Le statut est toujours modifiable. Les fonctionnaires ne peuvent invoquer à l'égard de l'administration aucun droit acquis au maintien de la situation sauf si un texte l'indique, notamment à la suite d'un acte particulier (nomination, promotion, etc..).

Au regard de la question posée (hiérarchie des normes), il convient donc de déterminer dans quelle mesure une norme, telle que la loi de finances, peut-elle avoir autorité pour modifier, voire abroger une norme de rang équivalent, à savoir le Statut général. C'est pourquoi, il faut vérifier si l'article 105 de la loi de finances 2012 a force dérogatoire, par rapport aux dispositions de l'article 34 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat.

D'un point de vue juridique, lorsqu'aucun terme n'a été assigné à la loi, celle-ci ne cessera de s'appliquer que lorsqu'elle aura été abrogée, c'est-à-dire lorsque ses dispositions auront été supprimées. Logiquement, cette abrogation ne peut être décidée que par l'autorité qui a été compétente pour la créer. L'abrogation est dite expresse lorsque le texte nouveau précise formellement l'abrogation du texte antérieure et, le cas échéant, l'étendue de cette abrogation.

En revanche, on parle d'abrogation implicite (ou tacite) dès lors que le texte nouveau ne comporte aucune formule d'abrogation mais qu'il apparaît néanmoins inconciliable avec un texte ancien. C'est manifestement le cas pour l'article 105 (de la loi de finances 2012) qui contredit l'article 34 précité. Il en résulte l'impossibilité de les appliquer simultanément.

C'est dire que si les conditions relatives à l'entrée en vigueur ont été respectées, à savoir la promulgation et la publication, il semblerait que la loi de finances litigieuse ait acquise force obligatoire.

## 2 – Le domaine d'application de la loi de Finances

Avant toute affirmation définitive, il convient au préalable de se pencher sur le domaine d'application de la « loi de finances ».

L'objet de la loi de finances est de déterminer les charges et les ressources de l'Etat, mais en réalité le contenu dépasse ce simple objet.

En application de la loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances (LOLF), on y trouve des dispositions relatives à la fiscalité, à l'information et au contrôle du parlement sur la gestion des finances, à la responsabilité des agents publics qui exécutent les opérations financières.

En vertu de l'article 34 du Titre II de la LOLF relatif au contenu la loi de finances de l'année comprend deux parties distinctes :

- ✓ La première partie, intitulée « Conditions générales de l'équilibre financier », comporte les dispositions relatives aux ressources de l'État.
- ✓ La seconde partie, intitulée « Moyens des politiques publiques et dispositions spéciales », fixe notamment, pour chaque mission du budget général et pour chaque budget annexe et compte spécial, le montant des autorisations d'engagement et des crédits de paiement.

Certaines dispositions sont également exclusives de la loi de finances mais facultatives pour le législateur. On peut légitimement s'étonner de la décision d'insérer, au sein d'une loi de finances, un jour de carence pour les fonctionnaires, en cas de maladie ordinaire. A priori, cette question ne semble pas relever du domaine d'application de la loi de finances, même si au regard de son contenu défini à l'article 34 précité, une interprétation large peut en être faite par le législateur.

En tout état de cause, l'instauration d'un jour de carence revient en définitive à amputer d'un trentième la rémunération versée aux fonctionnaires. C'est pourquoi, il apparaît nécessaire d'examiner la place réservée à la rémunération des fonctionnaires dans le cadre du Statut.

### 3 – La question de la rémunération dans le statut général des fonctionnaires

L'article 20 du Titre I du Statut général, affirme le principe du traitement et donc de la rémunération des agents publics, en ces termes : « *Les fonctionnaires ont droit, après service fait, à une rémunération comprenant le traitement, ....Le montant du traitement est fixé en fonction du grade de l'agent et de l'échelon auquel il est parvenu, ou de l'emploi auquel il a été nommé* ».

C'est donc le droit à rémunération qui constitue une garantie essentielle, laquelle n'est pas remise en cause par l'article 105 en question.

Par ailleurs, le fonctionnaire bénéficie d'avantages matériels qui sont constitués essentiellement par la rémunération qui lui est attribuée lorsqu'il est en position normale d'activité, c'est-à-dire la position dans laquelle il assure effectivement les fonctions de l'emploi qui correspond à son grade.

Au plan juridique, cette position est conservée lorsqu'il est en congé et quelle que soit la forme de celui-ci, y compris le congé maladie. C'est pourquoi, le juge administratif considère que le droit au traitement, en cas de congé maladie ordinaire, tiré de l'article 34, est intangible (*CAA. Lyon, 20 février 2001, Min. de la justice c/ M.P., AJFP, il a été jugé que l'agent, en position de congé maladie, conserve un droit au traitement*).

### 4 – Rôle des organisations syndicales

Cette garantie essentielle accordée par le statut général explique également le rôle attribué aux organisations syndicales, au sujet de toutes questions envisagées par le Gouvernement quant au traitement des fonctionnaires.

Depuis la création du Conseil Supérieur de la Fonction Publique (CSFP) par le statut de 1946, s'est inscrit, l'idée générale selon laquelle les fonctionnaires doivent être consultés, au travers de représentants, sur les principales décisions les concernant qu'il s'agisse de projets de réformes législatives ou réglementaires, ou de décisions individuelles.

Conformément à l'article 12 du Titre II du Statut général, le CSFP est obligatoirement saisi des projets de loi tendant à modifier le statut général, ainsi que des projets de statut particulier des corps interministériels de fonctionnaires, des statuts particuliers communs à plusieurs corps ou encore des projets de décret relatif à la situation d'ensemble des agents publics civils de l'Etat.

Plus précisément encore, selon l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983, « *les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour conduire au niveau national avec le Gouvernement des négociations préalables à la détermination de l'évolution des rémunérations et pour débattre avec les autorités chargées de la gestion, aux différents niveaux, des questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail* ».

Or, en l'espèce, aucune négociation sérieuse n'a été organisée par le Gouvernement : l'opportunité d'une action judiciaire se pose.

## CONCLUSION : Quelles peuvent-être les voies d'actions judiciaires ?

Dans l'ordre juridique interne, la loi revêt une certaine souveraineté. Un recours exercé contre une disposition législative en vigueur, est donc, en principe, irrecevable.

Une loi est, par principe, toujours légale dans la mesure où, lorsqu'une loi promulguée et publiée contredit une loi en vigueur, elle dispose pour l'avenir et les anciennes dispositions sont tacitement ou implicitement abrogées. La sécurité juridique est ainsi préservée (voir 1 ci-dessus).

En France, le contrôle des lois se fait a priori, c'est-à-dire avant la promulgation de la loi, par la saisine du Conseil constitutionnel, exercée par le Président de la République, le Premier ministre, les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat ou par soixante députés ou sénateurs.

La seule option ouverte consisterait à attaquer un acte à caractère décisive exclusivement de nature infra-législative, pris en application d'une loi en vigueur. Or, depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, toute personne partie à un procès ou une instance peut soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Sur ce point, le Conseil d'Etat comme le Conseil Constitutionnel ont plusieurs fois rappelé que le droit syndical et le droit à rémunération, après service fait, constituent, pour le fonctionnaire, des garanties fondamentales, conformément à l'article 8 du préambule de la Constitution de 1946, partie intégrante du bloc de constitutionnalité.

Toutefois, l'article 8 de la loi du 13 juillet 1983 dispose que « *les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour conduire (...) avec le Gouvernement des négociations préalables à la détermination de l'évolution des rémunérations (...)* ».

En conséquence, il conviendra de vérifier si la circulaire litigieuse contient des éléments de droit nouveau ne figurant pas dans le texte initial. Et, dans la mesure où le congé en cas de maladie ordinaire constitue l'une des modalités de la position d'activité, on peut également considérer que l'instauration d'un jour de carence porte atteinte à une garantie essentielle, rappelée par le Conseil constitutionnel : le droit à rémunération après service fait.

Une disposition législative pourrait être examinée et déboucher sur une question prioritaire de constitutionnalité, à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir formé à l'encontre de la circulaire d'application de l'article 105 de la loi de finances 2012.

Fort de ce constat et de cette analyse, la FGF-FO a mandaté son avocat pour déposer un recours contre la circulaire MFPPF 1205478C du 24 février 2012 (article 105).