



Conseil constitutionnel
M. Laurent FABIUS, *Président*
2 rue de Montpensier
75001 PARIS

Montreuil, le 22 décembre 2022

Par courriel :

contributions@exterieures@conseil-constitutionnel.fr

Dossier n° 2022-847-DC

Objet : contribution extérieure relative au projet de loi de finances pour 2023 par l'Union Fédérale des Syndicats de l'État CGT, la Fédération de la Santé et de l'Action Sociale CGT et la Fédération des Services publics CGT.

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel,

L'Union Fédérale des Syndicats de l'État CGT, la Fédération de la Santé et de l'Action Sociale CGT et la Fédération des Services publics CGT ont l'honneur de vous soumettre leur contribution extérieure dans le cadre du contrôle de constitutionnalité du projet de loi de finances pour 2023.

Plus particulièrement, nous souhaitons attirer l'attention des membres du Conseil sur le non-respect de la procédure d'adoption de la loi de finances pour 2023 et sur la non-conformité de l'article 161 dudit projet, en tant qu'il prévoit l'abrogation de l'article L. 621-9 du code général de la fonction publique à compter du 1^{er} janvier 2023, aux droits et principes garantis par les normes de valeur constitutionnelle.

En effet, l'abrogation de la mesure qui permettait d'harmoniser la rémunération des agents publics travaillant le 1^{er} mai avec celle garantie par le code du travail aux salariés, porte un préjudice considérable aux agents publics concernés, dont nous assurons la défense, au même titre que les organisations syndicales.

Les développements qui suivent ont pour but de démontrer que l'article 161 du projet de loi de finances pour 2023, en tant qu'il prévoit l'abrogation de l'article L. 621-9 du code général de la fonction publique, s'apparente à un cavalier budgétaire et méconnaît, par ailleurs, le principe constitutionnel d'égalité.



Propos liminaires

L'article 161 du projet de loi de finances pour 2023 dispose que :

« I. – Le code général de la fonction publique est ainsi modifié :

1° À la seconde phrase du dernier alinéa de l'article L. 9, la référence : « L. 621-12 » est remplacée par la référence : « L. 621-11 » ;

2° L'article L. 621-9 est abrogé ;

3° Les articles L. 621-10, L. 621-11 et L. 621-12 deviennent, respectivement, les articles L. 621-9, L. 621-10 et L. 621-11.

II. – *Le I du présent article entre en vigueur le 1^{er} janvier 2023* ».

L'article L. 621-9 du Code Général de la Fonction Publique (CGFP), suivant lequel « *Le 1er mai est jour férié et chômé pour les agents publics, dans les conditions fixées aux articles L. 3133-4 et L. 3133-6 du code du travail* », a permis l'harmonisation du régime de rémunération des personnes travaillant le 1^{er} mai.

Pour rappel, l'article 55 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a prévu que :

« **Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution**, le Gouvernement est autorisé à procéder par voie d'ordonnance à l'adoption de la partie législative du code général de la fonction publique afin de renforcer la clarté et l'intelligibilité du droit.

Les dispositions codifiées sont celles en vigueur au moment de la publication de l'ordonnance, sous réserve des modifications rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes, **l'harmonisation de l'état du droit** et l'adaptation au droit de l'Union européenne ainsi qu'aux accords internationaux ratifiés, ou des modifications apportées en vue :

[...]

L'ordonnance est prise dans un délai de vingt-quatre mois à compter de la promulgation de la présente loi. Un projet de loi de ratification est déposé devant le Parlement dans un délai de trois mois à compter de la publication de l'ordonnance ».

Précisément, le gouvernement a voulu harmoniser l'état du droit s'agissant des modalités de rémunération du travail le 1^{er} mai entre les salariés du secteur privé et les agents relevant du droit de la fonction publique. Ce faisant, le pouvoir réglementaire, investi de la possibilité de prendre des mesures de nature législative par voie d'ordonnance, a ainsi **supprimé une discrimination injustifiée**.

En effet, l'article L. 3133-6 du code du travail, auquel renvoie l'article L. 621-9 du CGFP, prévoit que :

« *Dans les établissements et services qui, en raison de la nature de leur activité, ne peuvent interrompre le travail, les salariés occupés le 1^{er} mai ont droit, en plus du salaire correspondant au travail accompli, à une indemnité*

égale au montant de ce salaire. Cette indemnité est à la charge de l'employeur ».

L'article L. 621-9 du CGFP a donc introduit une nouvelle règle en ce qui concerne la rémunération du travail le 1^{er} mai dans la fonction publique, dans un but d'harmonisation et de suppression d'une discrimination existant entre les salariés et les agents publics qui ne trouvait aucune justification liée à l'intérêt général.

Un amendement introduit devant le Sénat en première lecture du projet de loi de finances pour 2023 vise à abroger cette disposition à compter du 1^{er} janvier 2023.

C'est précisément cet amendement, repris à l'article 161 du projet de loi de finances pour 2023, en tant qu'il abroge l'article L. 621-9 du code général de la fonction publique, dont il est demandé la censure.

I. L'article 161 du projet de loi de finances pour 2023 a été voté à l'issue d'une procédure irrégulière

À titre liminaire, l'absence d'avis du conseil commun de la fonction publique préalablement à la présentation du projet de loi de finances pour 2023 au Parlement, constitue une première irrégularité procédurale substantielle qui mérite d'être relevée, bien que cette consultation ne soit prévue que par les dispositions du décret relatif à cette institution dont il est incertain qu'il constitue une norme de référence du contrôle de constitutionnalité des lois.

Il n'en demeure pas moins que l'article 2, 2^o) du décret n° 2012-148 du 30 janvier 2012 relatif au Conseil commun de la fonction publique prévoit que :

« Le Conseil commun de la fonction publique est saisi pour avis :

[...]

2^o Des projets de loi, d'ordonnance, de décret ayant un objet commun à au moins deux fonctions publiques qui ont une incidence sur la situation statutaire des fonctionnaires ou sur des projets de décret de nature indiciaire accompagnant ces modifications statutaires ainsi que sur les règles générales de recrutement et d'emploi des agents contractuels ».

S'agissant de l'abrogation de l'article L. 621-9 du code général de la fonction publique, laquelle revient à priver les agents publics travaillant les 1^{er} mai de la garantie que leur rémunération sera doublée ce jour-là, il ne fait aucun doute que cette mesure prévue par l'article 161 du projet de loi déféré à la censure du Conseil aura une incidence sur la situation statutaire des agents concernés, et ce, dans les trois versants de la fonction publique.

L'absence de saisine préalable pour avis du conseil commun de la fonction publique constitue donc assurément un premier vice de procédure.

La procédure parlementaire a, par ailleurs, été méconnue en ce qui concerne l'adoption de l'article 161 du projet de loi de finances pour 2023 en ce que celui-ci

constitue non seulement un cavalier budgétaire, mais aussi une mesure concernant un article unique du code général de la fonction publique, pris par ordonnance de l'article 38 de la Constitution, dont aucune loi de ratification n'est venue, à ce jour, confirmer la valeur législative.

I.1- En premier lieu, l'article 161 du projet de loi de finances pour 2023, en ce qu'il a pour objet d'abroger une disposition isolée issue de la partie du code de la fonction publique prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, non ratifiée expressément à ce jour, méconnaît les règles procédurales applicables à l'adoption des lois de finances.

Suivant les termes de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958 :

« Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

À l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. »

S'il est constant que des mesures adoptées en suite d'une habilitation législative ont *in fine* la même portée que si elles avaient été prises par la loi, il n'en demeure pas moins que les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution conservent, en principe, le caractère d'actes administratifs tant qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une ratification expresse par le Parlement. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, la ratification des ordonnances ne peut désormais plus être implicite.

Certes, le Conseil constitutionnel a considéré, dans le cadre de deux questions prioritaires de constitutionnalité, que « *conformément au dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution, à l'expiration du délai de l'habilitation [...], les dispositions de cette ordonnance ne pouvaient plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif* » et que « *dès lors, à compter de cette date, elles doivent être regardées comme des dispositions législatives* » au sens de l'article 61-1 de la Constitution, dont la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut être contestée que par une QPC (v. décisions n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020 et n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020).

Toutefois, si le contrôle des dispositions non ratifiées d'une ordonnance issue de l'article 38 de la Constitution relève, après l'expiration du délai de l'habilitation, de l'office du Conseil constitutionnel dans le cadre de l'examen d'une QPC, il n'en demeure pas moins que ces dispositions doivent faire l'objet d'une ratification

expresse par le Parlement pour acquérir une valeur législative en dehors du contrôle de leur constitutionnalité.

La ratification expresse d'une loi d'habilitation résulte en principe du vote d'un projet de loi de ratification ou d'un projet de loi ordinaire comportant une mesure de ratification, le cas échéant issu d'un amendement.

En revanche, il n'est pas conforme à la Constitution de prévoir la ratification de dispositions issues d'une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 dans le cadre du vote d'un projet de loi de finances.

Il est constant, en effet, que le domaine de l'habilitation comprend toute matière qui relève du domaine de la loi, à l'exclusion, toutefois, des dispositions relevant, notamment, des lois de finances :

« 15. Considérant, en quatrième lieu, que la loi d'habilitation ne saurait permettre l'intervention d'ordonnances dans des domaines réservés par les articles 46, 47, 47-1, 74 et 77 de la Constitution à la loi organique, aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale » (Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999)

« 6. Considérant, en troisième lieu, que l'article 38 de la Constitution n'excepte de la délégation que les domaines que la Constitution réserve aux lois organiques, aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale ; que les matières dans lesquelles la loi déferée prévoit des habilitations sont étrangères à ces domaines » (Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004)

Il ressort d'une jurisprudence constante que des dispositions n'ayant pour seul objet que de ratifier une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 – ou, par extension, d'en abroger une disposition particulière à une date à laquelle aucune loi de ratification n'aurait été votée – n'ont pas leur place dans une loi de finances. Tel est assurément l'analyse à retenir lorsque, par ailleurs, un projet de loi de ratification a été déposé concernant la mesure en cause.

Le cas échéant, *« sans que le Conseil constitutionnel ne préjuge de la conformité du contenu de ces dispositions aux autres exigences constitutionnelles, il y a lieu de constater que, adoptées selon une procédure contraire à la Constitution, elles lui sont donc contraires »* (Décision n° 2021-833 DC du 28 décembre 2021).

Au cas présent, un projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021 portant partie législative du code général de la fonction publique (n° 5115) avait été déposé au bureau de l'Assemblée nationale le mercredi 23 février 2022 puis renvoyé à la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République.

Ce projet de loi de ratification a cependant fait l'objet d'un retrait par son auteur le mercredi 15 juin 2022.

On voit mal, dans ces conditions, comment l'article 161 du projet de loi de finances pour 2023, uniquement destiné à modifier une mesure codifiée par voie d'ordonnance de l'article 38 non encore ratifiée, pourrait avoir été voté de manière régulière par le Parlement, et ce, d'autant moins que la procédure accélérée de l'article 49.3 de la Constitution a privé les parlementaires d'un débat suffisamment éclairé sur cette mesure d'abrogation d'une disposition non encore ratifiée émanant d'une ordonnance de l'article 38 prononçant le retrait d'un droit conféré aux agents publics dans le cadre d'une codification visant à harmoniser leur rémunération avec celle des salariés du secteur privé.

Dès lors, la censure de l'article 161 du projet de loi semble s'imposer à ce stade de l'analyse.

II.2- En deuxième lieu, et en tout état de cause, l'amendement dont est issu l'article 161 du projet de loi de finances devait respecter les règles de droit commun de recevabilité d'un amendement, au premier rang desquelles la nécessité de ne pas être dépourvu de tout lien avec l'objet du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie. À défaut, en effet, la disposition en cause s'apparente à un cavalier budgétaire.

La constitution française, dans son article 45 issu de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, précise que :

« *Tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique. Sans préjudice de l'application des articles 40 et 41, tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis ».*

Il s'en déduit qu'un amendement proposé en première lecture doit justifier d'un lien avec l'objet du projet ou de la proposition de loi.

Le Conseil constitutionnel censure régulièrement l'introduction de cavaliers législatifs dans les projets de loi soumis à son contrôle (v. Décision n° 2007-552 du 1^{er} mars 2007). Il se saisit d'ailleurs régulièrement d'office pour censurer une non-conformité à la Constitution d'un cavalier législatif, notamment lorsque cette non-conformité n'a pas été mentionnée dans l'une des saisines émanant des parlementaires (v. Décision n° 2006-534 DC du 16 mars 2006).

Plus particulièrement, le Conseil constitutionnel censure depuis longtemps les cavaliers budgétaires (v. Décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985), lesquels correspondent à des dispositions insérées dans une loi de finances qui sont étrangères au domaine de ces lois très particulières dont l'objet est défini par l'article 1^{er} de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF), prise pour l'application de l'article 34, alinéa 18, de la Constitution du 4 octobre 1958 :

« *Dans les conditions et sous les réserves prévues par la présente loi organique, les lois de finances déterminent, pour un exercice, la nature, le montant et*

l'affectation des ressources et des charges de l'État, ainsi que l'équilibre budgétaire et financier qui en résulte. Elles tiennent compte d'un équilibre économique défini, ainsi que des objectifs et des résultats des programmes qu'elles déterminent.

L'exercice s'étend sur une année civile.

Ont le caractère de lois de finances :

1° La loi de finances de l'année et les lois de finances rectificatives ;

2° La loi de règlement ;

3° Les lois prévues à l'article 45 ».

En application de ce texte, ne trouvent pas leur place dans une loi de finances les dispositions qui :

- ne concernent ni les ressources, ni les charges, ni la trésorerie, ni les emprunts, ni la dette, ni les garanties ou la comptabilité de l'État ;
- n'ont pas trait à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement des impositions de toutes natures affectées à des personnes morales autres que l'État ;
- n'ont pas pour objet de répartir des dotations aux collectivités territoriales ou d'approuver des conventions financières ;
- ne sont pas relatives au régime de la responsabilité pécuniaire des agents des services publics ou à l'information et au contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques.

Sans que le Conseil constitutionnel ne préjuge de la conformité du contenu de ces dispositions aux autres exigences constitutionnelles, celui-ci constate, le cas échéant, que les dispositions correspondant à des cavaliers budgétaires, « *adoptées selon une procédure contraire à la Constitution* », encourent la censure.

Ainsi, une mesure qui, comme cela est le cas en l'espèce, concerne les modalités de rémunération pour la seule journée du 1^{er} mai des agents relevant, notamment, des fonctions publiques territoriale et hospitalière, correspond assurément à cette définition. En effet, les dépenses de fonctionnement des collectivités territoriales et des établissements publics de santé et médico-sociaux ne relèvent pas du champ d'application de la loi de finances.

L'article L. 621-9 du code général de la fonction publique, cavalier budgétaire qui porte de manière indissociable sur la rémunération de tous les agents publics, encoure par conséquent la censure en raison de la méconnaissance de la procédure parlementaire, laquelle a par ailleurs conduit au non-respect des exigences de sincérité du débat parlementaire et de cohérence législative.

La censure s'impose donc de plus fort s'agissant de l'article 161 du projet de loi de finances pour 2023, indépendamment même de sa conformité aux normes constitutionnelles sur le fond.

En tout état de cause, il va être démontré que cette mesure méconnaît le principe constitutionnel d'égalité, ce qui justifie définitivement la censure sollicitée.

II. L'article 161 du projet de loi de finances pour 2023 méconnaît le principe constitutionnel d'égalité

Le principe constitutionnel d'égalité compte parmi ceux qui sont consacrés par de nombreuses normes de référence du contrôle de constitutionnalité.

Notamment, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 prévoit en son article 1^{er} que : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ».

L'article 6 de cette même Déclaration précise, par ailleurs, que « *[la loi] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* » (v. Décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973 *Loi de finances pour 1974*).

Le principe d'égalité est également consacré à plusieurs égards par le Préambule de la Constitution de 1946.

En droit du travail, le principe d'égalité se traduit par un principe d'égalité de traitement entre les travailleurs, pourvu qu'ils se trouvent dans une situation identique face à l'objectif visé de la loi.

En droit du travail, le principe d'égalité se traduit par un principe d'égalité de traitement entre les travailleurs, pourvu qu'ils se trouvent dans une situation identique face à l'objectif visé de la loi. À supposer que l'article 161 du projet de loi de finances ne soit pas assimilé à un cavalier budgétaire, il ne fait aucun doute que la situation des personnes devant travailler le 1^{er} mai est identique, qu'elles soient salariées ou relevant de la fonction publique. Ces personnes se trouvent toutes, en effet, dans l'obligation de travailler pendant ce jour légalement chômé car elles sont employées dans des établissements, privés ou publics, qui ne peuvent pas arrêter leur fonctionnement en raison de la nature de leur activité.

Reconnu d'abord par l'Organisation Internationale du Travail (OIT), le principe « *un salaire égal pour un travail de valeur égale* » est garanti par le droit international, le droit de l'Union européenne et par le droit français depuis 1972 sous le prisme de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes (v. la loi du 22 décembre de 1972 relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes).

Ce principe s'applique en tout état de cause dans le secteur privé comme dans le secteur public et trouve son fondement dans le principe constitutionnel d'égalité.

Sans doute, selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, 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 (v. Décision n° 2018-738 QPC du 11 octobre 2018).

Il est donc jugé de manière constante qu'une mesure législative peut régler de façon différente des situations différentes, à savoir, en ce qui concerne la mesure litigieuse, la rémunération des salariés de droit privé et des agents publics.

Cela n'est pas remis en cause ici. En revanche, au cas présent, il apparaît qu'aucune raison d'intérêt général ne permet de justifier que le législateur revienne sur une disposition qui prévoit, précisément, une **harmonisation des règles de rémunération du travail du 1^{er} mai**, seul jour férié par principe chômé en droit français, dont **le but initial était de revenir sur une discrimination qui ne pouvait, précisément, être justifiée par aucun motif d'intérêt général.**

On rappellera, à toutes fins utiles, que le précédent projet de loi prévoyant la ratification de l'ordonnance portant codification du code général de la fonction publique ne prévoyait aucunement l'abrogation de l'article L. 621-9 dudit code.

Par ailleurs, l'amendement voté en première lecture au Sénat, puis rejeté en seconde lecture pour être soumis au vote de l'Assemblée nationale suivant la procédure de l'article 49.3 de la Constitution, n'a fait l'objet d'aucun exposé des motifs de nature à justifier cette abrogation pour des raisons d'intérêt général.

Et pour cause, aucune justification ne permet de justifier que des personnels exerçant les mêmes fonctions, dans des conditions de pénibilité et de contraintes identiques dans les secteurs privé et public, ne perçoivent pas la même rémunération lorsqu'elles doivent travailler le 1^{er} mai.

À titre d'illustrations, on pense aux personnels des établissements de santé et médico-sociaux qui sont soumis aux même contraintes dans les secteurs public et privé s'agissant de l'obligation de maintenir la continuité des services, même le 1^{er} mai, jour chômé par principe. Il en va de même des personnels travaillant pour des entreprises ou des collectivités publiques devant intervenir en urgence ou assurer la continuité de leurs activités respectives, même le 1^{er} mai : personnels de sécurité, agents de maintenance, personnels des services de radio et télédiffusion, etc.

Tous ces personnels peuvent être employés soit dans le secteur privé, soit dans le secteur public. Dans les deux cas, **aucun motif d'intérêt général ne permet de justifier qu'ils ne bénéficient pas tous de la garantie d'une rémunération doublée le 1^{er} mai lorsqu'ils sont contraints de travailler ce jour férié chômé.**

C'est la justification de l'harmonisation décidée initialement par le gouvernement lorsqu'il a adopté l'ordonnance relative à la codification des statuts de la fonction publique.

Au surplus, et en tout état de cause, **la différence de traitement qui résulte de l'abrogation de l'article L. 621-9 du code général de la fonction publique est sans rapport avec l'objet de la loi de finances pour 2023**, *a fortiori* pour les agents relevant des fonctions publiques territoriale et hospitalière.



Pour l'ensemble de ces motifs, l'Union Fédérale des Syndicats de l'État CGT, la Fédération de la Santé et de l'Action Sociale CGT et la Fédération des Services publics CGT sollicitent la censure de l'article 161 du projet de loi de finances pour 2023, en tant qu'il prévoit l'abrogation de l'actuel article L. 621-9 du code général de la fonction publique.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, l'assurance de notre haute considération.

Fait à Montreuil, le jeudi 22 décembre 2022

Pour la Fédération CGT de la Santé et de l'Action sociale
Mireille Stivala,
Secrétaire générale



Pour la Fédération CGT des Services publics
Natacha Pommet,
Secrétaire
générale



Pour l'Union fédérale CGT des Syndicats de l'Etat
Céline Verzeletti et Christophe Delecourt,
Co-secrétaires généraux

