

Jérôme Michel¹

LA FONCTION PUBLIQUE ET LA CRISE SANITAIRE

UDK: 616.2-036.21 : 342
DOI: 10.31141/zrpf.2022.59.145.607
Izlaganje sa znanstvenog skupa
Primljeno: 6. 4. 2022.

Kriza uzrokovana pandemijom Covid-19 bitno je utjecala na ulogu javnopravnih tijela. U dokumentu OECD-a iz travnja 2020. godine navodi se kako su se sve europske države morale suočiti s nezabilježenim izazovom. U predmetnom izlaganju sagledavaju se pravne posljedice uzrokovane pandemijom COVID-19 na javnopravna tijela i usluge koje se pružaju građanima.

Ključne riječi: COVID-19 pandemija, javne službe, zdravstvena kriza

La crise du Covid-19 ne pouvait pas rester sans conséquences sur la fonction publique dans la mesure même où l'Etat et ses agents ont été particulièrement sollicités pour faire face aux effets dévastateurs de la pandémie.

Hier vilipendés par de nombreux acteurs et commentateurs politiques, critiqués pour leur nombre jugé trop important ou leur supposée inefficacité, la crise sanitaire a remis à l'honneur les fonctionnaires serviteurs de l'intérêt général. Certains d'entre eux ont même été regardés comme des héros en assurant le fonctionnement des systèmes médicaux et la sécurité des familles, en trouvant de nouveaux moyens de faire face à des répercussions économiques et sociales sans précédent, en aidant les entreprises à survivre.

Ce qu'impliquait le fameux « quoi qu'il en coûte » cher au Président de la République française a reposé pour une large part sur la fonction publique française.

Ce constat vaut pour la France comme, du reste, pour la plupart des pays occidentaux, notamment européens.

Une note de l'OCDE d'avril 2020 relève que dans tous les pays d'Europe, les fonctions publiques ont dû et su faire face à un défi inédit et extraordinaire : inventer un mode de fonctionnement en situation d'urgence sanitaire pour gérer la lutte contre le virus et sa propagation, protéger les populations par des mesures également inédites et extraordinaires (confinement général ou partiel, couvre-feu, imposition obligatoire du port du masque, obligation vaccinale etc.) mais également protéger des agents publics contre ce même virus par une réorganisation des modes de leur action et de leur travail, notamment par ce que l'on pourrait appeler une conversion numérique marquée notamment par un recours massif au télétravail et à la visioconférence.

¹ Conseiller d'État, rapporteur à la section de l'administration

Tout le monde a pu le constater: la fonction publique, tout au long de la crise sanitaire, a été fortement sollicitée. Il suffit de penser au secteur hospitalier mais également à l'ensemble des services en charge de la préservation de l'ordre public ou le service public de la justice.

En France, un sondage de l'institut BVA commandé par la Casden Banque Populaire se révèle riche d'enseignements sur la perception que les fonctionnaires ont eu de cette période inédite de crise.

78% d'entre eux ont continué à travailler, avec des situations hétérogènes : 87% des agents de la Fonction publique hospitalière sont restés en activité, contre 82% dans la Fonction publique d'Etat et 70% dans la Fonction publique territoriale.

Comme dans les entreprises privées, le télétravail est devenu le mode dominant d'activité : 42% ont travaillé chez eux, contre 34% qui se sont rendus sur leur lieu de travail. Une pratique plus marquée parmi les agents de catégorie A (65%) que de catégorie B (36%) ou C (26%).

Mais, paradoxalement, 44% des agents de catégorie A l'ont jugé difficile à mettre en œuvre, contre 26% des agents de catégorie B et 25% des agents de catégorie C. Reste que le télétravail semble avoir gagné ses galons : 70% ont trouvé l'expérience enrichissante.

Malgré les incertitudes liées au virus, 73% des agents de la Fonction publique déclarent avoir « bien vécu » la situation imposée par la crise, avec un taux moins élevé chez les agents hospitaliers (67%). Durement éprouvés, 56% d'entre eux estiment avoir été placés « en première ligne », de même que 30% des agents de catégorie C.

73% se disent fiers de leur mission et 72% ont le sentiment d'avoir été utiles. Mais, ils se sentent en décalage : seuls 37% se sont sentis reconnus par la société et 31% valorisés. Le soutien est d'abord venu des collègues (83%), de leur hiérarchie (64%) et des usagers avec lesquels ils étaient en contact (62%), nettement devant les institutions : élus locaux (37%), Etat et gouvernement (29%). Certes, les applaudissements à 20 heures ont été jugés réconfortants, mais pour une courte majorité d'agents hospitaliers (54%). L'enquête montre les difficultés au quotidien pour les agents de la Fonction publique qui devaient se rendre à leur travail : 66% ont été confrontés au manque de protection, 63% au manque d'informations et 57% au manque de moyens pour effectuer leur mission. 48% de l'ensemble des agents de la Fonction publique indiquent avoir eu des problèmes de santé, 47% ont souffert de l'isolement et de la solitude et 44% reconnaissent avoir eu des difficultés à concilier vie privée et vie professionnelle.

La crise est en passe d'être derrière nous. Enfin pouvons-nous l'espérer. L'heure est déjà au bilan. La fonction publique a tenu et elle a contribué exemplairement à la guerre contre le virus en protégeant. Dans ces circonstances inédites, elle s'est adaptée aux nécessités imposées par le virus.

Quelles ont été les conséquences juridiques de la crise sanitaire sur le droit de la fonction publique ? Tel est l'objet de cette brève intervention.

Je crois que ces conséquences peuvent être synthétisée par deux séries de considérations générales :

1. LA PREMIÈRE EST CELLE DE L'ADAPTATION TRÈS RAPIDE AUX CONTRAINTES SANITAIRES DE RÈGLES IMPORTANTES CONCERNANT LES AGENTS

En France, l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 a autorisé le gouvernement, pendant trois mois, à prendre par ordonnances, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, diverses mesures relevant du domaine de la loi. La loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 a autorisé la prorogation de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 30 juin 2021.

Presque du jour au lendemain, la pandémie de coronavirus (COVID-19) a nécessairement bouleversé les activités et les espaces de travail des agents publics.

Ainsi que le relève la note l'OCDE, le secteur public est devenu « accidentellement agile », avec de nouvelles procédures et de nouveaux protocoles de télétravail, un raccourcissement des délais de recrutement et des programmes d'accélération de mobilité élaborés à une vitesse inédite.

Sur le plan du droit, dès le début de la crise, au mois de mars 2020, d'importants aménagements ont été apportés aux régimes du temps de travail et des congés tandis que le télétravail a pris une place considérable pour assurer la continuité des services publics

1.1. Le temps de travail et congés pendant la crise sanitaire

Parmi les différentes mesures exceptionnelles envisagées sur la base des lois du 23 mars 2020 et du 14 novembre 2020, une partie concerne le droit de la fonction publique, ayant pour objet « de permettre à tout employeur d'imposer ou de modifier unilatéralement les dates des jours de réduction du temps de travail, des jours de repos [...], en dérogeant aux délais de prévenance et aux modalités d'utilisation définis au statut général de la fonction publique

A ce titre, l'ordonnance du 15 avril 2020 relative à la prise de jours de réduction du temps de travail ou de congés dans la fonction publique de l'État et la fonction publique territoriale au titre de la période d'urgence sanitaire a imposé, de manière rétroactive, jusqu'à dix jours de congés aux agents qui se trouvaient sous le régime de l'autorisation spéciale d'absence.

Pour les agents qui ne disposaient pas de jours de jours de congés à prendre ou pas d'un nombre suffisant, ces jours sont décomptés sur leurs congés annuels, dans la limite de six jours. Par exemple, un agent qui ne dispose que de trois jours de congés a du poser ces trois jours et le complément en congés annuels.

1.2. Le télétravail

L'ordonnance du 15 avril 2020 a ouvert également la possibilité d'imposer aux agents télétravaillant cinq jours de congés entre le 17 avril 2020 et la fin de l'état d'urgence sanitaire.

Il s'agit d'une faculté laissée aux chefs de service, justifiée par les nécessités de service.

Les jours de congés peuvent être pris parmi les jours épargnés sur le compte épargne temps (CET).

1.3. Congé maladie et « jour de carence »

Les règles propres à la fonction publique sont, en période normale, plus favorables que celles applicables aux salariés du secteur privé, pour qui le délai de carence est de trois jours en cas de maladie (sauf convention collective prévoyant des dispositions plus favorables) alors que pour les agents publics le versement de la rémunération n'est amputé, au titre des congés de maladie, que sur la base d'un seul « jour de carence ».

La loi du 23 mars 2020 introduisant le régime d'état d'urgence sanitaire a suspendu l'application du délai de carence, pendant la durée de l'état d'urgence, pour tous les arrêts de travail liés à une maladie. C'est donc une règle commune temporaire qui prévaut, cette mesure à portée générale visant aussi bien les agents publics civils et les militaires que les salariés en congé de maladie.

2. LA SECONDE EST CELLE DES RÉORGANISATIONS DES SERVICES ET DES ADMINISTRATIONS POUR ASSURER LA CONTINUITÉ DU SERVICE

2.1. La crise a affecté le fonctionnement des instances collégiales

L'urgence sanitaire a justifié un train de mesures dérogeant aux règles générales du « dialogue social » dans la fonction publique. Ces nouvelles normes prévoient la possibilité et les conditions dans lesquelles, « en cas d'urgence ou de circonstances particulières », une réunion des commissions administratives paritaires (CAP) a pu être organisée. Sauf opposition de la majorité des membres représentants du personnel (en cas de circonstances particulières), le président de la commission peut décider qu'une réunion sera organisée par conférence audiovisuelle, ou à défaut téléphonique, sous réserve qu'il soit techniquement en mesure de veiller, tout au long de la séance, au respect des règles posées en début de celle-ci, afin que :

- « 1° N'assistent que les personnes habilitées à l'être. Le dispositif doit permettre l'identification des participants et le respect de la confidentialité des débats vis-à-vis des tiers ;

- 2° Chaque membre siégeant avec voix délibérative ait la possibilité de participer effectivement aux débats ».

Une telle réunion « à distance » est aussi possible pour la tenue des instances disciplinaires, « sous réserve de l'accord exprès du fonctionnaire concerné » et que le secret du vote soit garanti « lorsque le vote a lieu à bulletin secret à la demande de l'un des membres titulaires de la commission ».

Mais l'impact de la crise sanitaire s'est aussi traduit par des mesures d'adaptation confortant le cadre statutaire de la fonction publique.

2.2. L'organisation des concours d'accès à la fonction publique par temps de covid-19

En période normale, face à un corpus de règles particulièrement dense, en droit de la fonction publique, concernant les concours d'accès, la législation sociale n'assortit la liberté de recrutement dans le secteur privé que de contraintes réduites, l'employeur devant, pour l'essentiel, respecter le principe de non-discrimination et un droit à l'information du candidat à l'emploi.

Pendant la crise sanitaire, le recrutement par voie de concours d'accès à la fonction publique n'a pas été suspendu. La loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 a autorisé le gouvernement à prendre par ordonnance des mesures d'urgence dont une partie permet aux autorités compétentes en matière de déroulement des concours ou examens d'accès à la fonction publique, d'apporter à ces modalités toutes les modifications nécessaires pour garantir la continuité de leur mise en oeuvre, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats. Sur cette base, l'ordonnance n° 2020-351 du 27 mars 2020 a prévu, tout au long de l'année 2020, l'adaptation [notamment] de toutes voies d'accès aux corps, cadres d'emplois, grades et emplois des agents publics dont le déroulement a été affecté par l'épidémie de covid-19.

Ces mesures exceptionnelles étaient nécessaires pour offrir « des garanties permettant d'assurer l'égalité de traitement et la lutte contre la fraude pour l'accès à la fonction publique et au corps judiciaire, ainsi que la continuité de l'organisation des voies d'accès à la fonction publique ».

Face à l'impossibilité des déplacements physiques éventuels des candidats, comme des membres de jury, le déroulement des concours et examens ont continué, lorsque les conditions matérielles étaient réunies, d'être assuré par voie de visioconférence, voire d'audioconférence, avec les garanties propres à assurer l'égalité de traitement des candidats ainsi que la lutte contre la fraude.

Des nouvelles modalités de recours à la visioconférence ont été introduites pour les membres de jury et pour les candidats.

Ont également été adoptées diverses dispositions permettant la prolongation des campagnes d'inscription, à la transmission des documents par voie électronique, au report des calendriers, à la reprise des épreuves interrompues, au remplacement des membres de jury.

2.3. L'impact de la crise sanitaire sur la gestion des carrières

Les ajustements les plus visibles ont concerné les rémunérations des agents publics. Mais d'autres mesures ont révélé la plasticité du système de la carrière.

Des revalorisations des traitements et de leurs compléments ont été opérées au regard de l'engagement exceptionnel de certaines catégories d'agents des trois fonctions publiques dans la lutte contre les effets de l'actuelle épidémie.

Ainsi, par exemple, pour tenir compte de leur forte exposition à la pandémie, et pour rendre plus attractive la fonction publique hospitalière en revalorisant les carrières et les rémunérations, le protocole d'accord dit « Ségur de la santé » a prévu la création d'un complément de traitement indiciaire de 49 points d'indice au bénéfice d'une série de personnels hospitaliers. Le décret n° 2021-166 du 16 février 2021 étend son bénéfice à d'autres agents publics. Un complément de traitement indiciaire est instauré pour les fonctionnaires exerçant leurs fonctions au sein des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) créés ou gérés par des collectivités territoriales ou leurs groupements. Une indemnité équivalente au complément de traitement indiciaire est également versée aux agents contractuels de droit public exerçant leurs fonctions dans ces établissements.

D'autres aménagements ponctuels ont été apportés, respectant eux aussi le cadre statutaire de la fonction publique.

2.4. Les services exceptionnels accomplis en période de crise sanitaire

Avec l'existence de la « réserve sanitaire », l'État a pu faire l'économie d'une adaptation plus large du statut général des fonctionnaires à une situation de crise sanitaire. En effet, les moyens supplétifs fournis par la réserve sanitaire pour lutter contre la propagation d'une épidémie sont rapidement mobilisables grâce à la souplesse de ce dispositif, qui fait appel à des professionnels bénévoles de tous les métiers de la santé - salariés, libéraux, agents publics, étudiants ou retraités, signant un « contrat d'engagement ».

De fait, les pouvoirs publics ont dû lancer dès le 25 mars 2020 l'opération « Résilience », pour lutter contre l'épidémie de covid-19. Cette mobilisation de militaires en retraite ou en cours de reconversion a été rendue possible grâce à la plasticité du statut des militaires renvoyant au code des pensions civiles et militaires de retraite. Pour eux comme pour les fonctionnaires civils, il est permis « d'adapter à chaque emploi l'âge d'ouverture des droits à la retraite ainsi que la limite d'âge d'exercice des fonctions ».

Voilà, brièvement présenté, quelques-unes des lignes de force des bouleversements que la crise sanitaire et l'état d'urgence mis en place pour y faire face que le droit de la fonction publique a connu des deux dernières années. Ces mesures demeurent temporaires. Cependant, un certain nombre d'entre elles seront peut-être pérennisées une fois revenus les jours ordinaires.

3. JALONS POUR UN INVENTAIRE DES CONSÉQUENCES DE LA CRISE SUR LE DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE :

Il y aura, à l'en pas douter, un héritage de la crise du covid-19 sur les modes de travail de la fonction publique et le fonctionnement des services.

On pense, bien évidemment, au recours désormais banalisés au télétravail qui devra faire l'objet prochainement d'un encadrement juridique renouvelé pour tenir compte des leçons de la crise. On pense aussi au recours à la visio-conférence et aux gains qu'elles présentent en terme de mobilisation des agents, de flexibilité, de temps de trajets épargnés. D'autres phénomènes repérables issus de la crise méritent l'engagement d'une réflexion nouvelle.

Ainsi en est-il par exemple d'un phénomène culturel nouveau dans le droit de la fonction publique : celui, inspiré du droit du travail dans le secteur privé, de l'essor du droit souple, de la soft law

En effet, une attractivité croissante du droit du travail sur le droit de la fonction publique se vérifie au regard des instruments déployés durant la période de crise sanitaire. Plus couramment employés dans le secteur privé, les procédés relevant de la soft law ont franchi les frontières de la fonction publique.

Deux exemples l'attestent

Le premier concerne l'organisation des repas seuls en restauration collective. Le protocole national pour assurer la santé et la sécurité des salariés en entreprise face à l'épidémie de covid-19 a été adopté par le ministère du Travail le 31 août 2020, couvrant la restauration en entreprise. Le ministère de la Cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales a appliqué officiellement à la fonction publique territoriale ces mesures.

Le second cas renvoie à la protection de la santé et de la sécurité des personnels. Faisant écho au protocole précité, la circulaire du Premier ministre n° 6208/SG du 1^{er} septembre 2020, relative à la prise en compte dans la fonction publique de l'état de l'évolution de l'épidémie de covid-19, concerne les conditions de travail en matière de protection de la santé et de la sécurité des agents publics de l'État et de ses établissements publics. Elle prévoit à la fois :

- des incitations et recommandations. Ainsi est-il indiqué que « le télétravail demeure une pratique qu'il convient de continuer à favoriser, en ce qu'il participe à la démarche de prévention du risque d'infection au virus et permet de limiter la densité des agents dans les locaux professionnels et les bureaux, ainsi que l'affluence dans les transports en commun » ;
- des règles obligatoires. Ainsi, les autorités hiérarchiques doivent « rendre obligatoire le port du masque de protection (*a minima*, masque « grand public ») dans les conditions définies par ce protocole sanitaire, dans les espaces clos et partagés et les espaces de circulation » et corrélativement « fournir aux agents des masques de protection et en préciser les modalités d'usage afin que cette protection soit effective ».

Des marges de *soft law* imprègnent donc bien la fonction publique, soit un léger recul du principe d'impérativité lié au cadre statutaire.

Certains auteurs, enfin, considèrent que la crise sanitaire a été l'occasion d'une « travailisation » accélérée du droit de la fonction publique. Cette « travailisation » du droit de la fonction publique (E. Aubin, M. Touzeil-Divina) est analysée de longue date par la doctrine, qui a pu aussi utiliser les termes de « banalisation » (J. Bourdon), de « normalisation » (M. Pochard) ou encore de « privatisation » (D. Jean-Pierre) pour évoquer la « possible absorption du droit de la fonction publique par le droit du travail » (N. Font).

Le régime exceptionnel lié à l'état d'urgence sanitaire, d'application temporaire, a produit des effets semblables en droit de la fonction publique et en droit du travail quant aux modalités d'exercice de certains droits et quant aux conditions de travail. Ainsi, a été décidée, tant pour les agents publics que pour les salariés, la suspension du délai de carence lié aux arrêts causés par une maladie ; et au sein des administrations des trois fonctions publiques comme dans le secteur privé, le régime des congés annuels et du temps de travail a été aménagé, et le fonctionnement des instances collégiales adapté, notamment grâce à la visioconférence.

Ces mesures d'exception s'inscrivent dans un contexte plus général de rapprochement du droit de la fonction publique avec le régime général du droit du travail marqué notamment par la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique. Certes, les « piliers » du droit de la fonction publique que sont, solidairement, le principe du recrutement par concours et le principe de la carrière n'ont pas été affectés par les mesures d'adaptation liées à l'état d'urgence sanitaire, en dépit de quelques aménagements ponctuels autorisant, en particulier, le recours aux technologies modernes de communication pour certaines épreuves de concours. Cependant, l'avenir dira si la crise sanitaire n'aura pas été un facteur décisif de l'instauration future d'un droit de l'emploi public appelé un jour à se substituer au droit de la fonction publique si spécifique en France.

Je vous remercie.

THE PUBLIC SERVICE AND THE HEALTH CRISIS

The crisis caused by the Covid-19 pandemic has significantly affected the role of public services. The OECD document from April 2020 states that all European countries had to face an unprecedented challenge. This presentation looks at the legal consequences caused by the COVID-19 pandemic on public bodies and services provided to citizens.

Key words: *COVID-19 pandemic, health crisis, public services*