

**Direction générale
de l'administration
et de la fonction publique**



Sous la direction de Louis Dutheillet de Lamothe,
Nicolas Labrune et Marc Firoud
Laurent Domingo, Anne Iljic,
Benjamin de Maillard et Manon Perrière

L'essentiel de la jurisprudence du droit de la fonction publique

Recueil de commentaires de jurisprudences
applicables aux agents publics

À l'instar du droit administratif général, la jurisprudence a joué un rôle déterminant dans la construction du droit de la fonction publique dont les prémices remontent à la fin du XIX^{ème} siècle, avant de s'affirmer progressivement au cours du XX^{ème} siècle. S'il est aujourd'hui largement codifié, ce droit reste assis sur une base fondamentalement jurisprudentielle. Il est ainsi apparu indispensable de regrouper et classer les principales décisions contentieuses rendues en la matière afin de dresser un panorama qui, sans être exhaustif, doit rendre plus lisible ce droit qui représente une part significative de l'activité des managers publics et des juridictions administratives.

Cet ouvrage vise ainsi à structurer le droit de la fonction publique autour de ses grands arrêts afin de permettre une meilleure compréhension de ses grands principes et de leur articulation les uns avec les autres. Il est en particulier destiné aux professionnels des ressources humaines des services centraux et déconcentrés de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics et aux gestionnaires publics, autant qu'aux agents chargés du contentieux de la fonction publique et aux agents publics eux-mêmes. Il pourra également constituer une bonne base de travail pour les étudiants et les personnes intéressées par le droit de la fonction publique.

Outil opérationnel à vocation pédagogique, ce recueil ne constitue pas une œuvre doctrinale. Divisé en sept parties, il rassemble une centaine de fiches thématiques toutes conçues selon le même modèle. À partir d'une ou plusieurs décisions topiques qui constituent l'épine dorsale de chaque fiche, sont mis en exergue les mots essentiels du juge, accompagnés de commentaires ayant pour ambition d'éclairer le lecteur sur l'ensemble du thème traité. Sont notamment abordés l'organisation générale et la gestion de la fonction publique (Partie 1), le recrutement (Partie 3), les conditions d'évolution de la carrière (Partie 4), les modalités d'emploi et les droits sociaux (Partie 5), ainsi que les agents contractuels dans la fonction publique (Partie 6). Ce recueil dresse également un panorama de la jurisprudence relative aux droits et obligations des fonctionnaires (Partie 2), ainsi que des spécificités du contentieux de la fonction publique (Partie 7).

La réalisation de cet ouvrage ambitieux a été confiée à cinq maîtres des requêtes au Conseil d'Etat, Laurent DOMINGO, Marc FIROUD, Anne ILJIC, Benjamin de MAILLARD et Manon PERRIERE, sous la direction de Louis DUTHEILLET de LAMOTHE et de Nicolas LABRUNE, puis de Marc FIROUD. Leur travail de recensement, de classification et de commentaire de la jurisprudence a permis de donner naissance à un livre de référence qui couvre plusieurs pans importants du droit de la fonction publique. Ce recueil n'aurait pu voir le jour sans le concours de la Direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP), qui en a porté l'initiative, sous l'impulsion de Carine SOULAY puis de Florian BLAZY. Dans sa lecture croisée avec le Conseil d'Etat, l'ensemble de ses bureaux ont été sollicités. Doit être notamment soulignée l'implication de Solenne MARGAGE, Sophie BELLARD-LUCATS puis de Selma SEDDAK, Marion ROVERE, Clemmy FREIDRICH et Fabienne CATALOSI, sous la supervision de Caroline LEMASSON-GERNER, puis de Jessica BAUDIN. Que chacune et chacun soit remercié d'avoir ainsi contribué à rendre le droit de la fonction publique plus lisible et accessible.

Le vice-président du Conseil d'Etat,

Bruno LASSERRE

La directrice générale de l'administration
et de la fonction publique,

Nathalie COLIN



L'ESSENTIEL DE LA JURISPRUDENCE DU DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE

Partie I	Organisation générale et gestion des corps et des cadres d'emplois	
Fiche n° 1	La situation statutaire du fonctionnaire	6
Fiche n° 2	Les garanties fondamentales accordées par la loi aux fonctionnaires	10
Fiche n° 3	Les règles statutaires	12
Fiche n° 4	L'obligation de prendre les actes réglementaires d'application nécessaires	15
Fiche n° 5	Les centres de gestion de la fonction publique territoriale	17
Fiche n° 6	La distinction du grade, de la classe et de l'emploi	20
Fiche n° 7	Le statut d'emploi	22
Fiche n° 8	Modalités de création d'un corps interministériel à gestion ministérielle	25
Fiche n° 9	Maintien de la qualité de fonctionnaire aux agents d'une entreprise	28
Fiche n° 10	Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires	30
Fiche n° 11	Le pouvoir réglementaire du chef de service	34
Fiche n° 12	L'utilisation des circulaires et des lignes directrices	37
Fiche n° 13	Cadre juridique de la déconcentration de gestion	40
Fiche n° 14	Le retrait et l'abrogation d'un acte de gestion	42
Fiche n° 15	Le principe de non rétroactivité des actes de gestion et ses exceptions	45
Fiche n° 16	Le principe de la sécurité juridique	48
Partie II	Droits et obligations du fonctionnaire	
Fiche n° 17	Les droits de l'organisation syndicale	50
Fiche n° 18	Le droit de participation à la gestion et au fonctionnement de l'administration	52
Fiche n° 19	Le droit de grève	55
Fiche n° 20	La liberté d'opinion et d'expression des fonctionnaires	57
Fiche n° 21	La protection de la vie privée	59
Fiche n° 22	Le droit à la rémunération et la règle du service fait	62
Fiche n° 23	Le droit à la protection fonctionnelle	66
Fiche n° 24	La protection contre le harcèlement	69
Fiche n° 25	Le droit d'accès au dossier	72
Fiche n° 26	L'obligation de réserve	75
Fiche n° 27	L'obligation de secret professionnel et de discrétion professionnelle	77
Fiche n° 28	L'obligation de désintéressement	80
Fiche n° 29	L'obligation de neutralité et le principe de laïcité	82

SOMMAIRE

Fiche n° 30	L'obligation d'impartialité	84
Fiche n° 31	L'obligation d'obéir et de désobéir	86
Fiche n° 32	L'obligation de se consacrer à son emploi	88
Fiche n° 33	La responsabilité du service et la responsabilité personnelle de l'agent	91
Fiche n° 34	Les actions récursoires de l'agent et de son administration	93
Partie III Recrutement		
Fiche n° 35	Le principe d'égal accès aux emplois publics	95
Fiche n° 36	Concours et examen professionnel	99
Fiche n° 37	Les voies dérogatoires au concours	103
Fiche n° 38	Les conditions requises pour concourir	108
Fiche n° 39	Le devoir d'impartialité du jury	110
Fiche n° 40	Le contentieux des concours	113
Fiche n° 41	Le stage	116
Fiche n° 42	L'engagement de servir	118
Fiche n° 43	La titularisation	121
Partie IV Carrière et parcours professionnel		
Fiche n° 44	La position d'activité	123
Fiche n° 45	Le détachement	126
Fiche n° 46	La disponibilité	130
Fiche n° 47	Le congé parental	133
Fiche n° 48	La mise à disposition	135
Fiche n° 49	La mutation et ses conséquences sur la situation individuelle du fonctionnaire	138
Fiche n° 50	Le classement et reclassement	143
Fiche n° 51	La notation et l'évaluation	146
Fiche n° 52	L'avancement de grade	149
Fiche n° 53	La promotion interne	151
Fiche n° 54	La faute disciplinaire	154
Fiche n° 55	La procédure disciplinaire	157
Fiche n° 56	La sanction disciplinaire	160
Fiche n° 57	La suspension	163
Fiche n° 58	Le licenciement pour insuffisance professionnelle	166
Fiche n° 59	Les conséquences indemnitaires d'une éviction irrégulière	169
Fiche n° 60	La démission	172
Fiche n° 61	L'abandon de poste	175
Fiche n° 62	La limite d'âge et l'admission à la retraite	177

Partie V	Modalités d'emploi et droits sociaux	
Fiche n° 63	Le temps de travail effectif	180
Fiche n° 64	La répétition de l'indu	183
Fiche n° 65	Les règles indemnitaires	185
Fiche n° 66	Le retrait et l'abrogation d'une décision pécuniaire	188
Fiche n° 67	La garantie individuelle du pouvoir d'achat (GIPA)	191
Fiche n° 68	Le supplément familial de traitement (SFT)	193
Fiche n° 69	La nouvelle bonification indiciaire (NBI)	196
Fiche n° 70	Le logement de fonction	199
Fiche n° 71	Les congés annuels	202
Fiche n° 72	Les jours de réduction du temps de travail (RTT)	205
Fiche n° 73	La santé au travail	207
Fiche n° 74	Les congés de maladie	209
Fiche n° 75	Le temps partiel pour raison thérapeutique	212
Fiche n° 76	Inaptitude physique et reclassement	214
Fiche n° 77	Handicap	217
Fiche n° 78	L'action sociale	220
Fiche n° 79	L'indemnisation complémentaire au-delà du forfait de pension	223
Fiche n° 80	L'interdiction de cumul des droits à pension des fonctionnaires détachés	225
Fiche n° 81	L'égalité entre les femmes et les hommes dans les droits à pension	227
Fiche n° 82	La nature de la pension et la réclamation des héritiers	229
Partie VI	Agents contractuels	
Fiche n° 83	La qualité d'agent contractuel de droit public	231
Fiche n° 84	Le contrat	235
Fiche n° 85	Les recours des tiers contre les contrats de recrutement d'agents publics	241
Fiche n° 86	Les principes généraux du droit applicables aux agents contractuels	243
Fiche n° 87	La rémunération des agents contractuels	246
Fiche n° 88	La cessation de fonctions des agents contractuels	249
Partie VII	Contentieux de la fonction publique	
Fiche n° 89	La compétence de la juridiction administrative	254
Fiche n° 90	L'intérêt pour agir	257
Fiche n° 91	Les délais de recours contentieux	262
Fiche n° 92	La nature du contentieux et les conséquences procédurales	267
Fiche n° 93	Les mesures d'ordre intérieur	270
Fiche n° 94	Le vice de procédure	272
Fiche n° 95	L'annulation rétroactive et ses conséquences	275

FICHE N° 1 :

La situation statutaire du fonctionnaire

CE, 26 juillet 2007, M. Georges A, n° 255698, T.



L'essentiel

Les fonctionnaires sont régis par des règles spécifiques : sauf dispositions particulières, le droit du travail ne s'applique pas à eux. Ils sont, en outre, placés dans une situation purement légale et réglementaire : s'appliquent à eux des règles fixées par leur statut complété par d'autres règlements administratifs. Leur employeur n'est donc pas lié par un contrat et peut modifier ces règles de façon unilatérale, pour les besoins du service public ou dans un motif d'intérêt général.



Les mots du juge

« Considérant que les fonctionnaires sont vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire ; qu'en jugeant qu'un fonctionnaire ne saurait se prévaloir d'un préjudice résultant de la modification réglementaire, légalement effectuée, des règles relatives à sa rémunération, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit »
(CE, 26 juillet 2007, M. Georges A, n° 255698, T.)



Commentaire

Le fonctionnaire est dans une situation spécifique et purement statutaire, c'est-à-dire légale et réglementaire

La notion de statut est difficile à cerner. De façon générale, il s'agit d'un ensemble de règles qui a pour objet de fixer à l'avance le fonctionnement d'une structure ou les règles de gestion des personnels. Ces règles régissent l'organisation ou la procédure ; elles peuvent fixer des obligations, mais elles ont aussi pour objet de conférer par avance des droits et des garanties. L'instrument du statut implique aussi une exigence d'égalité de traitement entre ceux qui y sont soumis puisque la règle n'est pas fixée au cas par cas mais de façon générale pour l'ensemble de la catégorie soumise au statut. Sur ces deux aspects, le statut s'oppose au contrat par lequel seront fixées pour un cas particulier les règles s'appliquant à une relation d'emploi (contrat de travail) ou une structure (contrat de société).

S'agissant spécifiquement des relations d'emploi, la situation a grandement évolué. Si, autrefois, la liberté dans le choix des clauses d'un contrat de travail était à peu près totale, elle est aujourd'hui fortement encadrée par le droit du travail, légal et réglementaire, et par les conventions collectives ou accords applicables. S'agissant du code du travail, la Cour de cassation s'y réfère parfois comme le « statut des salariés ». En ce sens, la situation d'un salarié est aujourd'hui mixte : pour partie statutaire, pour partie contractuelle.

La situation des fonctionnaires a ceci de particulier qu'elle est entièrement statutaire (CE, Sect., 22 octobre 1937, *Dlle Minaire et autres*, Rec.). Le contrat n'est en principe pas adapté : toutes les règles s'appliquant à un fonctionnaire sont définies unilatéralement par l'État ou la personne publique qui l'emploie. La loi fixe les règles statutaires communes aux trois fonctions publiques et les règles statutaires de chacune des trois fonctions publiques (étatique, hospitalière et territoriale). Des décrets viennent ensuite donner un statut particulier à chaque corps ou cadre d'emploi. D'autres actes réglementaires fixent les autres règles s'appliquant aux fonctionnaires, notamment les règles régissant leur rémunération.

La jurisprudence distingue les règles statutaires *stricto sensu*, dont l'édition et la modification sont entourées d'un certain nombre de garanties, notamment celles d'être fixées par la loi ou par décret en Conseil d'État, et les autres règles s'appliquant aux fonctionnaires (sur cette distinction, cf. les fiches n° 2 « Les garanties fondamentales accordées par la loi aux fonctionnaires » et n° 3 « Les règles statutaires »). Cependant, dans les deux cas, la règle est entièrement fixée unilatéralement par la puissance publique et non contractuellement.



Ces principes se conjuguent avec la règle, fixée à l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, selon laquelle : « *Sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont, à l'exception de ceux réservés aux magistrats de l'ordre judiciaire et aux fonctionnaires des assemblées parlementaires, occupés soit par des fonctionnaires régis par le présent titre, soit par des fonctionnaires des assemblées parlementaires, des magistrats de l'ordre judiciaire ou des militaires dans les conditions prévues par leur statut* ». Ce n'est donc que dans certains cas particuliers, que la puissance publique est autorisée à recruter des agents par contrat, de droit privé ou de droit public (cf. la fiche n° 83 « La qualité d'agent contractuel de droit public »).

Plusieurs justifications ont été avancées à l'absence de contrat pour la relation entre les fonctionnaires et leurs employeurs. La première tient à la souplesse que cela

confère aux employeurs publics : les règles régissant les agents du service public peuvent être modifiées librement puisque l'État ne s'est engagé par aucun contrat. L'absence de contrat permet aussi de modifier les affectations de façon unilatérale, dans le respect des règles statutaires. Historiquement, le recours au statut a pu également être motivé par l'idée que les agents du service public ne pouvaient se trouver dans la même situation que les salariés et que la négociation collective ne pouvait être pratiquée dans un secteur où les choix doivent être dictés par l'intérêt général et non par une négociation entre les intérêts des employeurs et des employés. Enfin, juridiquement, il a pu être avancé que la conception française de la séparation des pouvoirs, en vertu de laquelle l'administration n'est pas soumise au contrôle du juge de droit commun, impliquait que les agents de l'administration ne soient pas employés selon des procédés de droit privé soumis au juge judiciaire, mais selon des procédés spécifiques, de droit public, sous le contrôle du juge administratif.

Les conséquences de cette situation

Elles sont principalement de deux ordres. La première est que, en principe, les règles du code du travail ne s'appliquent pas : le fonctionnaire est soumis à un statut spécifique.

La seconde est que la situation du fonctionnaire est entièrement régie par des lois et règlements qui peuvent être modifiés pour les besoins du service public ou pour un autre motif d'intérêt général sans que le fonctionnaire puisse se prévaloir de droits prétendument acquis à la date de son recrutement ou de sa titularisation. Cette modification doit seulement respecter les règles procédurales applicables et les normes supérieures. Il en va de même, dans le respect du statut, de toutes les

décisions relatives à la gestion individuelle du fonctionnaire dont aucune ne résulte d'un accord contractuel : affectation, classement, promotion, etc. Toutefois, un grand nombre de ces décisions sont créatrices de droits, ce qui encadre la possibilité pour l'administration de les modifier (cf. la fiche n° 14 « Le retrait et l'abrogation d'un acte de gestion »).

Il en découle que la modification des règles s'appliquant aux fonctionnaires, y compris dans un sens défavorable (par exemple une diminution des rémunérations) est en principe légale et ne lui crée aucun préjudice dont il pourrait demander réparation (CE, 26 juillet 2007, *M. Georges A*, n° 255698, T.).

La multiplicité des statuts applicables aux agents publics

Si l'on parle usuellement d'un *statut général de la fonction publique* ou d'un *statut général des fonctionnaires de l'État et des collectivités territoriales* (cf. en ce sens l'article 1^{er} de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983), les quatre lois statutaires adoptées en 1983, 1984 et 1986 n'ont pas opéré une *uniformisation* du statut applicable à toutes les catégories d'agents publics. Si elles ont permis en effet d'*harmoniser* les règles concernant les agents territoriaux avec celles concernant les agents de l'État et des établissements hospitaliers (c'est-à-dire l'essentiel de la fonction publique

civile), certaines catégories d'agents publics restent à l'écart du statut général :

- les militaires¹ ;
- les magistrats judiciaires² ;
- les fonctionnaires des assemblées parlementaires³ ;
- le personnel des chambres consulaires⁴ ;

1 Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, codifiée dans le code de la défense.

2 Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature (certaines dispositions du statut de la fonction publique d'État leur sont applicables dans la mesure où elles ne sont pas contraires à leur statut). En revanche, les membres du Conseil d'État, les magistrats administratifs (tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) et les magistrats financiers (Cour des comptes et chambres régionales et territoriales des comptes) relèvent du statut général de la fonction publique d'État, lequel leur est applicable dans la mesure où ses dispositions ne sont pas contraires à leurs statuts particuliers définis respectivement dans le code de justice administrative et le code des juridictions financières.

3 Règlement intérieur sur l'organisation des services portant statut du personnel de l'Assemblée nationale et celui du Sénat, pris en application de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

4 Pris en application de la loi n° 52-1311 du 10 décembre 1952, cf. l'arrêté du 13 novembre 1973 portant homologation des modifications apportées au statut du personnel administratif de l'assemblée permanente des chambres de commerce et d'industrie, des chambres régionales de commerce et d'industrie et des chambres de commerce et d'industrie ; l'arrêté du 5 mars 1990 portant modification du statut du personnel administratif des chambres de commerce et d'industrie et l'arrêté du 25 juillet 1997 relatif au statut du personnel de l'assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie, des chambres régionales de commerce et d'industrie et des groupements interconsulaires. Le Conseil d'État a jugé que l'intervention postérieure de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 n'a pas implicitement abrogé la loi n° 52-1311 du 10 décembre 1952 précitée (CE, Sect., 29 novembre 1991, *M. Emile X*, n° 86346, Rec.).



- les agents de la direction générale de la sécurité extérieure⁵ ;
- les agents des cultes en Alsace et Moselle⁶ ;
- les agents publics de la Polynésie française (compétence de la collectivité)⁷ et ceux des communes de la Polynésie française (compétence du législateur)⁸ ;
- les agents publics de la Nouvelle-Calédonie⁹.

La place du droit du travail

Le droit du travail régit certains agents des services publics qui ne sont pas des fonctionnaires

Les agents qui travaillent dans les services publics et qui ne sont pas des fonctionnaires sont parfois employés au moyen d'un contrat de travail : ils ont alors le statut de salarié et sont soumis au droit du travail (code du travail, convention et accords collectifs applicables). Il s'agit principalement de ceux qui travaillent auprès d'organismes de droit privé auxquels a été confiée une mission de service public ou qui, bien qu'employés par une personne publique, sont affectés à un service public industriel et commercial (CE, 26 janvier 1923, *Sieur de Robert-Lafrégéyre*, n° 62529, Rec. ; CE, Sect., 8 mars 1957, *Sieur Jalenques de Labeau*, Rec. ; CE, Sect., 15 décembre 1967, *Sieur X*, n° 65807, Rec.). En effet, un tel service est fourni dans des conditions en partie similaires à celles qui s'appliquent à toute entreprise privée (cf. la fiche n° 9 « Maintien de la qualité de fonctionnaire aux agents dans les entreprises »).

Les autres agents non titulaires de l'administration sont généralement recrutés au moyen d'un contrat. Il s'agit alors d'un contrat de droit public. La situation de ces personnels est mixte : en partie statutaire, ils sont soumis à des règles fixées par un règlement voire, pour certaines, par la loi ; en partie contractuelle, ils peuvent négocier certains éléments de leur relation d'emploi : ils bénéficient alors de droits garantis par leur contrat. La garantie apportée par un tel contrat de droit public est cependant moindre que pour un salarié car l'administration peut, à certaines conditions, modifier unilatéralement le contrat.

Par ailleurs, les statuts des agents contractuels sont moins complets que ceux des fonctionnaires : dans certains cas, le juge est venu dégager des principes pour conférer à ces agents des garanties analogues à celles du droit du travail. *Stricto sensu*, ce n'est pas le droit du travail qui s'applique mais un « principe général du droit » que le juge découvre en s'inspirant du droit du travail. Celui-ci constitue toutefois

la source d'inspiration principale de ces principes (cf. la fiche n° 86 « Les principes généraux du droit applicables aux agents contractuels »).

Le droit du travail inspire le droit de la fonction publique qui y fait parfois référence

Pour le reste, le droit du travail ne s'applique pas aux fonctionnaires. Il est toutefois indéniable qu'il constitue désormais une source d'inspiration des évolutions des statuts des fonctions publiques. C'est ainsi que la réforme des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans la fonction publique, menée entre 2009 et 2011, puis la fusion de ces comités avec les comités techniques issue de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique se sont fortement inspirées du droit du travail.

En outre, le droit de la fonction publique renvoie parfois aux dispositions du code du travail qui sont alors directement applicables aux fonctionnaires, notamment pour certains contrats aidés qui sont parfois des contrats de travail ou, parfois, des contrats de droit public faisant application de certaines dispositions du code du travail ou des dispositions en matière de protection sociale.

Le cas particulier des reprises d'entreprise et d'association

Il arrive qu'une personne publique succède à une entreprise ou à une association qui rend un service que cette personne publique souhaite voir se poursuivre, voire qui constitue un service public. Cela peut se produire, notamment, lorsque l'entreprise ou l'association se trouve en situation de liquidation judiciaire. Lorsqu'une entreprise privée change de propriétaire, le droit du travail prévoit le transfert des contrats de travail au nouvel employeur. Codifiant et précisant la jurisprudence, l'article L. 1224-3 du code du travail prévoit que ce mécanisme de transfert s'applique également lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public

5 Décret n° 2017-181 du 13 février 2017 portant statut particulier des attachés de la direction générale de la sécurité extérieure, pris en application de la loi n° 53-39 du 3 février 1953 relative au développement des crédits affectés aux dépenses de fonctionnement des services civils pour l'exercice 1953.

6 Le statut clérical d'Alsace et Moselle résulte de divers textes français et allemands, dont les plus anciens remontent à l'époque napoléonienne.

7 Délibération n° 95-215 AT du 14 décembre 1995, portant statut général de la fonction publique de la Polynésie française, prise sur le fondement de la loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Polynésie française (désormais abrogée) et, à ce jour, sur le fondement de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française (par combinaison des art. 13 et 14).

8 Ordonnance n° 2005-10 du 4 janvier 2005 portant statut général des fonctionnaires des communes et des groupements de communes de la Polynésie française ainsi que de leurs établissements publics administratifs, prise sur le fondement de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française (10°, art. 14).

9 Cf. pour la fonction publique territoriale, l'arrêté n° 1065 du 22 août 1953 portant statut général des fonctionnaires des cadres territoriaux et la délibération n° 81 du 24 juillet 1990 portant droits et obligations des fonctionnaires territoriaux ; et pour la fonction publique communale, la délibération n° 486 du 10 août 1994 portant création du statut général des fonctionnaires des communes de la Nouvelle-Calédonie et de leurs établissements publics. Ces textes sont pris sur le fondement de la loi n° 99-209 organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie (par combinaison des art. 20 et 21).



administratif. Il appartient alors à la personne publique de proposer à ces salariés un contrat de droit public en reprenant les clauses substantielles du précédent contrat, en particulier celles relatives à la rémunération. Pour les salariés qui refuseraient les offres faites par leur nouvel employeur, leur contrat prend fin de plein droit. Pour ce faire, la personne publique applique les dispositions

relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat. Tant que les salariés concernés n'ont pas été placés sous un régime de droit public ni licenciés, leurs contrats demeurent donc des contrats de droit privé régis par le code du travail (CE, 25 juillet 2013, *Centre hospitalier général de Longjumeau*, n° 355804, T. ; TC, 9 janvier 2017, *Mme K et autres*, n° 4073, T.).



FICHE N° 2 :

Les garanties fondamentales accordées par la loi aux fonctionnaires

CE, Ass., 28 décembre 2009, *Syndicat national du travail, de l'emploi et de la formation et autre*, n° 316479, Rec.



L'essentiel

En vertu de la constitution du 4 octobre 1958, la loi définit les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires. Le législateur a donc précisé, dans le statut général, les principaux droits des fonctionnaires. Il a confirmé le principe d'une fonction publique de carrière, structurée en corps ou cadres d'emplois, dont les membres ont un droit à se voir confier une affectation qui soit conforme à leur grade.



Les mots du juge

« Considérant (...) qu'au nombre de[s] garanties fondamentales [des fonctionnaires qu'il appartient au seul législateur de déterminer] figurent, d'une part, le droit d'être affecté à un emploi pour exercer les missions afférentes au grade, que le fonctionnaire détient dans son corps, d'autre part, l'obligation, pour l'administration, de recueillir l'accord du fonctionnaire intéressé pour l'affecter à un emploi ne correspondant pas à de telles missions »

(CE, Ass., 28 décembre 2009, *Syndicat national du travail, de l'emploi et de la formation et autre*, n° 316479, Rec.)



Commentaire

La loi doit fixer, en vertu de la Constitution, les garanties fondamentales des fonctionnaires

Au XIX^e siècle et pendant la première partie du XX^e siècle, le pouvoir d'organisation de l'administration reconnu à l'autorité administrative était très large : il englobait la définition des conditions de recrutement, d'emploi, de rémunération et de discipline des agents de chaque administration. L'organisation des ministères était réglée par décrets, complétés d'arrêtés ministériels, qui créaient un certain nombre de statuts d'agents publics. Quelques lois ponctuelles sont venues harmoniser certaines règles : en 1921, la loi Roustan a favorisé la possibilité pour les fonctionnaires mariés d'avoir la même résidence que leur conjoint ; en 1936, des limites d'âge ont été fixées pour l'ensemble des fonctionnaires.

L'édiction d'un statut général de la fonction publique en 1946¹⁰ a conduit à définir dans la loi un socle de règles statutaires communes à l'ensemble des corps de fonctionnaires.

La Constitution du 4 octobre 1958 distingue un domaine de la loi et un domaine du règlement. Elle prévoit à son article 34 que relève de la seule compétence du législateur la définition « des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ». L'édiction d'un statut général par le législateur ne relève donc plus d'un choix mais d'une exigence constitutionnelle. Les statuts généraux de 1959 et du début des années 1980 s'inscrivent dans ce cadre. De même que le droit du travail permet de rééquilibrer le rapport contractuel, par nature déséquilibré, entre l'employeur et le salarié, ces garanties accordées au fonctionnaire permettent de fixer un cadre au pouvoir qu'a l'administration de modifier unilatéralement les règles statutaires s'appliquant à un corps d'administration et la situation de chaque fonctionnaire.



¹⁰ Loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires.

La loi fixe les droits des fonctionnaires et limite les pouvoirs de gestion de l'administration

Les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires par la loi procèdent d'un choix du législateur : il fixe par le statut général un cadre qu'il peut faire évoluer. En revanche, à loi constante, le pouvoir réglementaire doit respecter ce cadre et son pouvoir réglementaire autonome d'organisation de l'administration ne lui permet pas d'y déroger pour des cas particuliers non prévus par la loi (CE, Sect., 7 février 1936, *Sieur X...Charles-Emile*, n° 43321, Rec. ; cf. la fiche n° 11 « Le pouvoir réglementaire du chef de service »).

Pour s'en tenir au statut général commun aux trois fonctions publiques, édicté par la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, les garanties fondamentales sont :

- les *droits politiques et sociaux reconnus aux fonctionnaires* : liberté d'opinion, droit syndical, droit de grève, droit à la protection fonctionnelle, protection contre les discriminations et le harcèlement, possibilités de mobilité, etc. ;

- les *règles encadrant les pouvoirs de gestion de l'administration*, notamment le principe du recrutement pour une carrière, l'appartenance à un corps ou à un cadre d'emplois, les règles régissant les différentes positions statutaires et les carrières ;

- les *principaux devoirs du fonctionnaire* (service, obéissance, interdiction de cumul, etc.) : le fonctionnaire étant placé dans une situation unilatérale et non contractuelle, la loi lui offre aussi des garanties en précisant les contours de ses principales obligations.

Ces garanties sont précisées et complétées par le statut général de chacune des fonctions publiques. Un acte réglementaire peut, en outre, ajouter des garanties particulières pour les fonctionnaires d'un corps, mais celles-ci ne constitueront pas des garanties fondamentales au sens de l'article 34 de la Constitution et pourront être modifiées par des actes réglementaires.

Le droit de recevoir une affectation conforme à son grade

Parmi ces garanties, il en est une un peu particulière en ce qu'elle touche au cœur du pouvoir de gestion unilatéral de l'administration : le droit du fonctionnaire de recevoir, dans un délai raisonnable, une affectation correspondant à son grade (CE, 8 février 1961, *Sieur X...*, n° 41171, Rec. ; CE, Ass., 11 juillet 1975, *Ministre de l'éducation nationale c/ Dame X...*, n° 95293, Rec. ; CE, Sect., 6 novembre 2002, *M. X...*, n° 227147, Rec. ; CE, 23 avril 2003, *M. X...*, n° 215356, Inédit ; CE, 23 juillet 2003, *M. X...*, n° 241816, T.).

c/ Dame X..., n° 95293, Rec. ; CE, Ass., 28 décembre 2009, *Syndicat national du travail, de l'emploi et de la formation et autre*, n° 316479, Rec.). Ni les textes applicables, ni la jurisprudence n'imposent d'attribuer chaque emploi à un ou plusieurs corps ni de classer les emplois selon un certain niveau hiérarchique. Il n'est pas toujours illégal d'affecter un agent sur un emploi occupé normalement par des agents d'un autre corps ou des agents de grade ou catégorie inférieure. Mais l'administration ne peut pas procéder à n'importe quelle affectation : le juge vérifie que la définition de l'emploi et les conditions concrètes d'exercice sont conformes aux missions du corps et à la vocation du grade.

Le Conseil d'État déduit cette garantie fondamentale de l'équilibre posé par les lois statutaires : l'administration fixe unilatéralement les conditions statutaires des fonctionnaires et prononce unilatéralement les affectations ; en contrepartie, elle se doit d'attribuer à chaque fonctionnaire une affectation correspondant au corps et au grade de l'intéressé et s'inscrivant dans la carrière pour laquelle celui-ci a été recruté. Le fait de laisser un fonctionnaire sans affectation est fautif et peut, dans certains cas, donner lieu à réparation (CE, Sect., 20 juin 1952, *Sieur Bastide*, Rec.). Il en va de même lorsque l'administration affecte un fonctionnaire à un poste sans travail effectif (CE, 9 avril 1999, *Sieur X...*, n° 155304, T.) ou qu'elle lui confie des fonctions qui ne correspondent pas à son grade (CE, 8 juin 2011, *Mme X...*, n° 335507, T.). Les statuts généraux ont, en effet, prévu une structuration de la fonction publique en corps (ou cadres d'emplois pour la fonction publique territoriale) qui sont rattachés à une ou plusieurs autorités de gestion. À chaque corps sont attribuées certaines compétences et missions. Si celles-ci peuvent, à la discrétion du pouvoir réglementaire, être définies de façon très précise ou très large, l'affectation doit respecter ce cadre. En outre, les corps et cadres d'emplois sont eux-mêmes divisés en grades ayant des niveaux hiérarchiques différents et auxquels peuvent (là encore avec un degré de précision très variable) être attribuées des missions propres. Le Conseil d'État a jugé que constitue une garantie fondamentale « le droit d'un fonctionnaire à être nommé dans un emploi vacant de son grade » (CE, 11 juillet 1975, *Ministre de l'éducation nationale*

Ce principe trouve sa limite dans les exceptions fixées par le législateur lui-même, notamment dans la faculté de mise à disposition du fonctionnaire auprès d'autres administrations ou de détachement du fonctionnaire dans un autre corps, qui conduisent un fonctionnaire à exercer temporairement d'autres missions que celles de son grade. En revanche, le pouvoir réglementaire peut, sans aucune habilitation législative, modifier les rapports entre affectation et structuration en corps de la fonction publique de l'Etat, rapports qui relèvent de l'organisation du service requis des fonctionnaires appartenant aux différents corps. Ainsi, le décret n° 2008-370 du 18 avril 2008 a profondément modifié les frontières de l'exercice des fonctions par un fonctionnaire en position d'activité dans son corps (dite *position normale d'activité, ou PNA*). En vertu de ce décret, l'administration peut désormais affecter tout fonctionnaire de l'Etat dans un emploi dépendant d'un autre ministre que le ou les ministres gestionnaires de son corps d'appartenance, à condition que l'emploi occupé corresponde aux missions du corps. Auparavant une telle affectation aurait nécessité un détachement ou une mise à disposition (voir la fiche 44 PNA). Les garanties procédurales encadrant les mutations continuent à s'appliquer (CE, Ass., 28 décembre 2009, *Syndicat national du travail, de l'emploi et de la formation et autre*, n° 316479, Rec.).



FICHE N° 3 :

Les règles statutaires

CE, Ass., 13 février 1976, *Sieur Casanova X...*, n° 94707, Rec.



L'essentiel

La loi prévoit que les statuts particuliers des corps et cadres d'emplois de la fonction publique doivent être édictés par décret en Conseil d'État. Cependant, au sein des règles fixées unilatéralement et régissant la situation des fonctionnaires, la jurisprudence distingue celles « de caractère statutaire », édictées obligatoirement par décret en Conseil d'État, des autres.



Les mots du juge

« Considérant que la répartition des emplois en catégories pour l'attribution de bonifications indiciaires ne constitue pas un élément du classement indiciaire de ces emplois, mais un élément du statut du personnel nommé à ces emplois, qui ne peut être fixé, en application de l'article 2 de l'ordonnance du 4 février 1959, que par décret en Conseil d'État »
(CE, Ass., 13 février 1976, *Sieur Casanova X...*, n° 94707, Rec.)



Commentaire

La fonction publique est structurée en corps et cadres d'emplois dotés de statuts particuliers édictés par décret en Conseil d'État

L'édition du statut général par la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 a fixé un socle de règles statutaires communes à tous les fonctionnaires. Ce socle a vocation à être décliné et, dans la mesure permise par la loi, adapté pour chaque corps ou cadre d'emplois par un statut particulier. Dès 1946, il a été décidé que les statuts particuliers seraient fixés par des règlements administratifs pris par le gouvernement. La Constitution du 4 octobre 1958 a confirmé ce choix en séparant le domaine de la loi (compétence du législateur) du domaine du règlement (compétence des autorités disposant du pouvoir réglementaire, en premier lieu le Président de la République et le Premier ministre). Seules les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires relèvent du domaine de la loi : les autres règles applicables

aux fonctionnaires comme toutes les règles d'organisation de l'administration relèvent du pouvoir réglementaire (cf. la fiche n° 2 « Les garanties fondamentales accordées par la loi aux fonctionnaires »).

Les trois lois statutaires prévoient que les statuts particuliers des corps ou cadres d'emplois sont fixés par des décrets en Conseil d'État¹¹, c'est-à-dire des décrets d'une autorité juridique supérieure aux décrets simples. Les statuts de certains corps de la fonction publique d'État peuvent, par exception, déroger à celles des dispositions du statut général qui ne correspondraient pas aux besoins propres de ces corps ou aux missions que leurs membres sont destinés à assurer¹².

La jurisprudence distingue les règles statutaires des autres règles de gestion des fonctionnaires

La jurisprudence n'a pas interprété cette exigence comme impliquant que toute règle s'appliquant aux fonctionnaires soit édictée par un décret en Conseil d'État. Le terme « statut » présente, en effet, une polysémie. Dans un sens large, le statut s'oppose au contrat et fait référence

à un ensemble de règles fixées unilatéralement par l'État pour s'appliquer à un ensemble de personnes. Selon cette acception, dès lors que le contrat n'a pas de place pour l'emploi des fonctionnaires, toutes les règles qui les régissent sont *statutaires*. Mais, dans un sens plus restreint,

¹¹ Pour la fonction publique d'État : art. 8 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 6 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; et pour la fonction publique hospitalière : art. 5 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

¹² Il s'agit des corps recrutés par la voie de l'École nationale d'administration, des corps enseignants et des personnels de la recherche ainsi que des corps reconnus comme ayant un caractère technique (art. 10 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984).



le statut ne désigne qu'une partie de ces règles, celles qui régissent les caractéristiques principales du corps : ses missions, la carrière que l'on y fait et les principales règles de gestion. Le Conseil d'État a opté pour cette conception restrictive et distingue donc entre des règles de « caractère statutaire », qui ne peuvent être édictées ou modifiées que par décret en Conseil d'État, des autres règles, qui peuvent, en principe, être édictées par un décret sans avis du Conseil d'État. Selon les mots du commissaire du gouvernement Gilles Bachelier, dans ses conclusions sur la décision du 5 juin 2002 X... (n° 242901, T.), « il faut rechercher au cas par cas si [une] mesure a une telle densité au regard des droits, des obligations ou des garanties qui sont inhérents à la qualité de fonctionnaire qu'elle revêt un caractère statutaire ».

Les statuts législatifs donnent quelques exemples de règles statutaires : le classement dans l'une des trois catégories A, B et C fixées par l'article 13 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations de l'ensemble des fonctionnaires ; les modalités de recrutement ; la hiérarchie des grades dans chaque corps ; le nombre d'échelon de chaque grade ; les règles d'avancement et de promotion. En revanche, le statut de la fonction publique territoriale précise que l'échelonnement indiciaire des cadres d'emplois

et emplois (qui sert à la fois au classement hiérarchique et à la détermination du montant du traitement) est fixé par décret et ne constitue donc pas une règle statutaire (art. 6 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984). Pour l'État, c'est le décret n° 48-1108 du 10 juillet 1948 portant classement hiérarchique des grades et emplois des personnels de l'État relevant du régime général des retraites, encore en vigueur, qui prévoit que cet échelonnement est fixé par décret simple après avis du comité technique ou du Conseil supérieur de la fonction publique d'État. En l'absence d'un décret spécifique, les bornes indiciaires fixées pour chaque grade des corps de fonctionnaires de l'État à l'annexe du décret du 10 juillet 1948 demeurent encore applicables.

Le Conseil d'État a complété cette liste et a développé une conception unitaire des règles « de caractère statutaire » pour les trois fonctions publiques. Par la décision *Sieur Casanova X...* de 1976, rendu en assemblée, il a annulé un décret sans avis du Conseil d'État qui avait fixé une règle statutaire pour les membres du corps enseignant, en décidant que les emplois de direction des collèges et lycées seraient classés en catégories en fonction de l'importance et des difficultés des établissements, catégories dont dépendait ensuite l'attribution d'une bonification indiciaire.

Par la suite, la jurisprudence a précisé les contours du domaine statutaire réservé au décret en Conseil d'État

Sont ainsi de caractère statutaire :

- les règles de recrutement : on ne peut interdire à un fonctionnaire de se présenter à un concours de recrutement du corps auquel il appartient déjà si le statut ne le prévoit pas (CE, 2 février 2005, *Institut des ingénieurs de recherche*, n° 261284, T.) ;
- le fait de prévoir une durée limitée pour certaines affectations (CE, 3 octobre 2003, *M. X...*, n° 215180, T. ; CE, 14 octobre 2011, *Syndicat national des enseignements de second degré*, n° 343396, T.) ;
- les règles d'avancement d'échelon (CE, 5 mars 1980, *Sieur X...*, n° 14510, T.) ;
- l'institution de règles relatives aux affectations : l'institution par circulaire de contraintes dans l'émission et la prise en considération des vœux d'affectation, ou l'institution de priorités entre les agents, notamment par la mise en place de barèmes, sont statutaires (CE, 1^{er} mars 1993, *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public*, n° 66141, T. ; CE, 19 mars 2001, *Société des agrégés de l'université*, n° 20434, T. ; CE, 25 janvier 2006, *Syndicat des agrégés de l'enseignement supérieur et autres*, n° 275857, T.) ; la décision d'un ministre d'organiser un concours pour l'affectation à certains types de poste est illégale (CE, 4 octobre 1991, *M. X...*, n° 109942, T.) ;
- les obligations des fonctionnaires en matière de résidence (CE, 6 décembre 1993, *Ministre du budget c/ Mlle X...*, n° 121878, T.) ;
- la fixation d'obligations de service pour les agents qui sont gérés selon cette modalité (CE, 5 octobre 1983, *Sieur X...*, n° 18685 48006, T.)

- les règles relatives à la notation des agents (CE, 19 octobre 2001, *Syndicat national des personnels administratifs de l'office national des forêts FO*, n° 221754, T. ; CE, 10 novembre 2004, *M. X...*, n° 255409 255557, T.) ;
- certaines indemnités « font partie des avantages qui ne peuvent être prévus que par le statut des agents », telles les indemnités couvrant les frais de changement de résidence (CE, 29 juin 1988, *MM. X... et Y...*, n° 55415 55416, T.) ;

Sauf disposition législative spéciale, lorsqu'une règle de caractère statutaire est édictée par un décret sans avis du Conseil d'État, par un ministre ou encore par la décision d'une autre autorité (par exemple, le directeur d'un établissement public administratif pour ses agents de droit public, cf. CE, 17 juin 1983, *Syndicat national CFDT de l'agence nationale pour l'indemnisation des Français d'outre-mer*, n° 29632, Rec. ; CE, 26 janvier 1994, *M. X...*, n° 82546, Rec.), elle est annulée d'office par le juge administratif pour incompétence.

En revanche, ne revêtent pas un caractère statutaire :

- la fixation d'indemnités ou l'attribution d'avantages pécuniaires liées aux fonctions occupées et sans incidence sur la carrière (CE, assemblée, 9 novembre 1973, *Sieur X...*, n° 85100, Rec. ; CE, 9 septembre 1994, *M. X...*, n° 133640, T. ; CE, 12 décembre 2012, *Ministre de la défense c/ Mme X...*, n° 340802, T.) ; de ce point de vue, la censure prononcée par la décision *Sieur Casanova* est justifiée par la création de véritables catégories d'affectation à l'intérieur des affectations possibles pour les personnels d'un même corps, et non par la seule création de bonifications indiciaires pour certains emplois ;



- le fait de prévoir une consultation du chef de service avant de prononcer certaines affectations sans remettre en cause les règles statutaires régissant les mutations (CE, 9 juillet 2003, SNASUB, n° 237021, T.) ;
- l'édiction de règles ne régissant que certains emplois indépendamment du corps, voire la création d'un véritable statut d'emploi, qui ne régissent que des emplois et non la carrière (CE, 22 février 1991 Syndicat national des inspecteurs de la jeunesse, des sports et des loisirs, 83113, aux tables p. 993 ; CE, 21 mai 2014, Union nationale des inspecteurs principaux, n° 372995, T.).



FICHE N° 4 :

L'obligation de prendre les actes réglementaires d'application nécessaires

CE, 13 juillet 1962, *Sieur Kevers-Pascalis*, Rec.

CE, Ass., 27 novembre 1964, *Ministre des finances et des affaires économiques c/ Dame veuve Renard*, Rec.

CE, 28 juillet 2000, *Association France nature environnement*, n° 204024, Rec.



L'essentiel

L'administration a l'obligation de prendre les actes réglementaires qui permettent l'application des lois. En matière de fonction publique, la loi renvoie largement à des décrets la détermination des règles régissant les fonctionnaires. Le Gouvernement dispose d'un délai raisonnable, d'environ six mois, pour prendre les décrets nécessaires à l'application d'une nouvelle loi, sauf si celle-ci méconnaît les engagements internationaux de la France, en particulier le droit de l'Union européenne.



Les mots du juge

« Considérant que, si le décret du 19 décembre 1945 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance du 15 juin 1945 au ministère de la production industrielle n'a pas défini les modalités de reclassement des candidats empêchés d'accéder aux services publics et issus d'un concours normal, cette circonstance ne saurait avoir pour effet de priver le requérant du bénéficiaire des dispositions de l'ordonnance du 15 juin 1945 qui lui sont applicables ; qu'il incombe seulement à l'autorité compétente de prendre les dispositions réglementaires nécessaires pour l'application de ladite ordonnance aux agents intéressés »

(CE, 13 juillet 1962, *Sieur Kevers-Pascalis*, Rec.)

« Considérant qu'en prévoyant qu'un second décret devait déterminer les modalités de coordination entre [le régime de retraites complémentaires des assurances sociales pour certaines catégories d'agents de l'État non titulaires] qu'il instituait et ceux visés en son article 2, le décret du 12 décembre 1951 a conféré aux intéressés qui avaient accompli des services relevant de régimes de retraites différents le droit de voir leur situation au regard de ces divers régimes de retraites fixée de façon précise par un texte réglementaire ; que si le gouvernement conservait la faculté d'abroger, s'il le jugeait opportun, l'article 13 précité du décret du 12 décembre 1951 [prévoyant l'adoption d'un décret complémentaire], il avait par contre, en l'absence d'une telle mesure d'abrogation, l'obligation d'assurer la pleine application de ce décret en prenant dans un délai raisonnable, qui est en l'espèce largement dépassé, le texte complémentaire qui y était expressément prévu ; qu'une abstention aussi prolongée équivaut de la part du gouvernement à un refus de satisfaire à l'obligation qui lui incombait ; qu'elle est dans ces conditions constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État »

(CE, Ass., 27 novembre 1964, *Ministre des finances et des affaires économiques c/ Dame veuve Renard*, Rec.)

« Considérant qu'en vertu de l'article 21 de la Constitution, le premier ministre "assure l'exécution des lois" et "exerce le pouvoir réglementaire" sous réserve de la compétence conférée au président de la République pour les décrets délibérés en Conseil des ministres par l'article 13 de la Constitution ; que l'exercice du pouvoir réglementaire comporte non seulement le droit, mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, hors le cas où le respect des engagements internationaux de la France y ferait obstacle »

(CE, 28 juillet 2000, *Association France nature environnement*, n° 204024, Rec.)





Commentaire

Dans notre système juridique, il est admis que le législateur édicte des lois qui ne sont pas applicables par elles-mêmes mais qui nécessitent l'édiction de normes complémentaires pour pouvoir être appliquées. En l'absence de précisions contraires dans la loi, il s'agit de décrets dits « *décrets d'application* ».

La loi doit, en principe, être appliquée dès son entrée en vigueur, quand bien même elle aurait prévu des décrets d'application. Ces actes préciseront et faciliteront l'application de la norme législative sans, pour autant, faire obstacle à son entrée en vigueur. Ainsi, par exemple, l'article 133 de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relatif à l'exercice des fonctions en télétravail, a été jugé applicable alors même que le décret d'application auquel renvoyait cet article n'avait pas été pris (CE, 25 novembre 2015, n° 389598, Inédit). Ce n'est donc que lorsque l'application de la loi est véritablement impossible que son entrée en vigueur est repoussée jusqu'à l'adoption des décrets requis pour son application (CE, 28 mai 2003, *M. X...*, n° 247492, T.).

Il y a eu, au début du xx^e siècle, un débat doctrinal pour savoir si dans une telle situation le Gouvernement était dans l'obligation d'utiliser son pouvoir réglementaire pour permettre l'entrée en vigueur de la loi ou s'il disposait d'un pouvoir discrétionnaire. La décision *Kevers-Pascalis* du 13 juillet 1962 (CE, 13 juillet 1962, Rec.) a définitivement tranché la question en annulant comme illégal le refus du Gouvernement d'édicter les règlements nécessaires à l'application d'une ordonnance du 15 juin 1945 qui avait créé un régime spécial pour les candidats à la fonction publique ayant été empêchés d'y accéder du fait de la seconde guerre mondiale, règlements qui n'avaient jamais été pris. Le pouvoir exécutif ayant la mission d'assurer l'application de la loi, son premier devoir est de rendre possible son exécution en prenant les actes réglementaires nécessaires. Il en va de même lorsqu'un règlement

administratif en vigueur nécessite, pour son application, l'intervention d'un autre règlement (CE, Sect., 13 juillet 1951, *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la SNCF*, Rec.).

En 1964, pour la première fois, le Conseil d'État jugea que l'absence d'édiction de décrets nécessaires à l'application d'une loi engage la responsabilité de l'État si cette carence a causé un préjudice direct et certain à une personne qui aurait dû bénéficier des dispositions dont l'application a été rendue impossible (CE, Ass., 27 novembre 1964, *Ministre des finances et des affaires économiques c/ Dame veuve Renard*, Rec.). Cette jurisprudence a trouvé à s'appliquer en matière de fonction publique : ainsi, le Conseil d'État a jugé que l'absence de publication de textes réglementaires dans un délai raisonnable permettant la titularisation d'un agent contractuel est constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État (CE, 11 mars 2009, *M. X...*, n° 305274, T.). Peut être indemnisée une perte de chance d'être titularisé, d'être promu au grade supérieur et de bénéficier d'un montant de pension plus élevé que celui effectivement perçu.

Selon la formule de la décision *Association France nature environnement* (CE, 28 juillet 2000, n° 204024, Rec.), le Gouvernement dispose d'un *délai raisonnable* pour prendre les décrets d'application nécessaires. Ce délai est généralement estimé à environ six mois à compter de la promulgation de la loi.

La seule limite de cette obligation tient au cas où la loi méconnaîtrait un engagement international de la France, notamment le droit de l'Union européenne. Dans un tel cas, le Gouvernement a, au contraire, l'obligation de ne pas appliquer cette loi et, par conséquent, de ne pas prendre les décrets d'application correspondants (CE, 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique*, n° 195354, Rec.).



FICHE N° 5 :

Les centres de gestion de la fonction publique territoriale

CC, 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, n° 83-168 DC



L'essentiel

La création d'une fonction publique territoriale unique pose une difficulté particulière : comment gérer une unité de statut, de carrière et de gestion pour des personnels employés dans des dizaines de milliers de collectivités territoriales qui s'administrent librement ? Le législateur a donc créé un cadre statutaire particulier qui répartit les compétences de gestion des fonctionnaires entre les collectivités et des centres de gestion qui leur sont communs.



Les mots du juge

« Considérant que si, en vertu de l'article 72 de la Constitution, les collectivités territoriales "s'administrent librement par des conseils élus", chacune d'elles le fait "dans les conditions prévues par la loi" ; qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution "la loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources" ; Considérant que, sous réserve de déterminer ces principes, la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel pouvait donc, en vue d'instituer des garanties statutaires communes à l'ensemble des agents des collectivités territoriales, attribuer compétence à des centres de gestion composés d'élus de ces collectivités pour effectuer des tâches de recrutement et de gestion de leurs personnels ; qu'elle pouvait rendre obligatoire, sous certaines conditions, l'affiliation de collectivités à ces centres, dès lors que l'autorité territoriale se prononce librement sur les créations et suppressions d'emplois, procède à la nomination aux grades et emplois de la fonction publique territoriale, décide des positions statutaires, de la notation, de l'avancement d'échelon et des propositions d'avancement de grade, dispose dans les conditions du droit commun de la fonction publique du pouvoir disciplinaire et, après observation de la procédure légale, de la possibilité de licenciement pour insuffisance professionnelle ; que l'autorité territoriale n'est privée en outre d'aucun droit de recours contre les actes des centres de gestion ; qu'elle recrute directement les personnels de direction en vertu de l'article 47 et le ou les collaborateurs [de cabinet] dont chacune dispose aux termes du premier alinéa de l'article 110 ; qu'en conséquence les limitations de recrutement d'agents non titulaires prévues par l'article 3 et l'obligation d'affiliation à des centres de gestion prévue par les articles 13 et suivants de la loi ne sont pas contraires à la Constitution »

(CC, 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, n° 83-168 DC)



Commentaire

La création d'une fonction publique de carrière unique pour les collectivités territoriales posait des difficultés spécifiques

Si le premier statut unifié de la fonction publique d'État a été adopté en 1946, celui de la fonction publique territoriale ne l'a été qu'en 1983 et 1984. L'application des principes de la fonction publique d'État aux dizaines de

milliers de collectivités territoriales pose en effet des difficultés spécifiques : comment concilier le principe d'un recrutement par concours pour une carrière dans un cadre d'emplois commun à toutes les collectivités



territoriales avec l'autonomie de gestion de chacune de ces collectivités ? Comment garantir la mobilité à l'intérieur de cette unique fonction publique ? La définition d'un unique statut rendait nécessaire que certains actes de

recrutement et de gestion soient mis en commun et accomplis par des structures extérieures et communes aux collectivités : les centres de gestion, qui ont le statut d'établissements publics.

Le législateur a défini un partage des rôles entre les collectivités et les centres de gestion

L'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958 garantit la libre administration des collectivités territoriales. Cependant, cette liberté n'emporte pas la compétence de ces collectivités pour déterminer leurs missions, leur organisation et leurs règles de gestion : le cadre de la libre administration est tracé par la loi. Selon le Conseil constitutionnel, « l'article 34 réserve au législateur la détermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources » (CC, 17 janvier 2013, *Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social*, n° 2012-660 DC). Le Conseil constitutionnel contrôle seulement que les limitations posées à la liberté de gestion de ces collectivités répondent à des fins d'intérêt général et que les restrictions de ressources ou les obligations mises à leur charge n'ont pas pour effet d'entraver leur libre administration.

Le cadre statutaire est ainsi fixé par le législateur et complété par un ensemble de décrets statutaires. Les collectivités territoriales (CE, 9 décembre 1987, *M. B.*, n° 83537, T.) comme les centres de gestion (CE, 24 novembre 2003, *Centre de gestion de la fonction publique territoriale des Alpes-Maritimes*, n° 245025, T.) sont incompétents pour édicter eux-mêmes des règles de caractère statutaire relatives à leurs agents, cette compétence ressortissant au gouvernement qui l'exerce par voie de décrets en Conseil d'État (*cf.* la fiche n° 4 « Les règles statutaires »).

Le législateur a défini un équilibre entre, d'une part, les actes de gestion qui relèvent des centres de gestion et s'imposent aux collectivités et, d'autre part, ceux qui sont laissés à la libre administration de ces collectivités. En principe, c'est aux centres de gestion et non aux collectivités que revient la tâche d'organiser le recrutement des fonctionnaires par concours. Ils sont également

chargés de gérer les fonctionnaires territoriaux entre deux affectations ou au retour d'une mobilité ou d'une disponibilité. Comme pour la fonction publique d'État, le statut de la fonction publique territoriale (art. 3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984) prévoit que le recrutement d'agent contractuel est réservé à certains cas dans lesquels il n'est pas possible de recourir au vivier des fonctionnaires recrutés par les centres de gestion. Ce cadre est complété par le contrôle de légalité du préfet, lequel peut déferer au juge administratif les actes de gestion concernant les fonctionnaires qu'il estime illégaux.

Cet équilibre a été validé par le Conseil constitutionnel lorsqu'il a examiné la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires de la fonction publique territoriale (CC, 20 janvier 1984, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, n° 83-168 DC). Sa décision repose sur trois éléments : le fait que les collectivités gardent un réel pouvoir de gestion des fonctionnaires qu'elles recrutent à l'intérieur du vivier ; le fait qu'elles peuvent contester devant le juge administratif les actes des centres de gestion qui s'imposent à elles ; le fait, enfin, qu'elles puissent recruter directement et librement des collaborateurs de cabinet ainsi que, dans les collectivités ou établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) les plus importants, certains emplois de directeurs généraux.

Les articles 13 à 27-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 définissent les missions, l'organisation et le fonctionnement des centres de gestion, établissements publics locaux à caractère administratif (sous réserve des compétences du Centre national de la fonction publique territoriale, qui notamment organise les concours et les examens professionnels pour les fonctionnaires de catégorie A+ et assure leur prise en charge en cas de décharge de fonction.) En l'état du droit, le partage des responsabilités est le suivant.

Les missions des centres de gestion exercées au profit de toutes les collectivités et de leurs établissements publics :

Les centres de gestion assurent en premier lieu l'organisation des concours et examens professionnels d'accès aux cadres d'emplois de catégories A et B relevant des filières administrative, technique, culturelle, sportive, d'animation et de la police municipale.

Ils assurent également :

- la publicité des listes d'aptitude ;
- la publicité des créations et vacances d'emplois de catégorie A, B et C ;

- l'aide aux fonctionnaires à la recherche d'un emploi après une période de disponibilité ;

- la prise en charge des fonctionnaires momentanément privés d'emploi de catégorie A, B et C ;

- le reclassement des fonctionnaires de catégorie A, B et C devenus inaptes à l'exercice de leurs fonctions ;

- une mission générale d'information sur l'emploi public territorial ainsi qu'un bilan de la gestion des ressources humaines et de la situation de l'emploi territorial dans leur ressort.



Les missions des centres de gestion exercées exclusivement au profit des collectivités et établissements affiliés :

Les centres de gestion assurent l'organisation de l'ensemble des concours de recrutement, ainsi que les examens professionnels et l'établissement de toutes les listes d'aptitude afférentes.

En complément des missions exercées pour toutes les collectivités, ils assurent également principalement :

- la publicité des tableaux d'avancement ;
- le fonctionnement des CAP, des comités sociaux territoriaux et des conseils de discipline ;
- le secrétariat des commissions consultatives paritaires, des commissions de réforme, des comités médicaux ;
- le calcul du temps de crédit syndical et le remboursement des charges salariales afférentes à l'utilisation de ce crédit ;
- une assistance juridique statutaire y compris pour la fonction de référent déontologue ;
- une assistance au recrutement et un accompagnement individuel de la mobilité des agents hors de leur collectivité ou établissement d'origine ;
- une assistance à la fiabilisation des comptes de droits en matière de retraite ;

- l'accompagnement personnalisé pour l'élaboration du projet professionnel des agents.

Par ailleurs, les centres de gestion peuvent exercer des missions complémentaires à la demande d'une collectivité territoriale ou de l'un de ses établissements publics, affiliés ou non affiliés telles que :

- la mise à disposition d'agents pour remplacer des agents momentanément indisponibles, effectuer des missions temporaires ou occuper un emploi vacant qui ne peut être immédiatement pourvu ;
- la mise à disposition de fonctionnaires en vue de les affecter à des missions permanentes à temps complet ou à temps non complet ;
- la gestion de l'action sociale et de services sociaux en faveur des agents ;
- la conclusion d'une convention avec un organisme de protection sociale complémentaire ;
- des missions d'archivage, de conseil juridique, de conseil d'organisation.

Organisation et fonctionnement des centres de gestion (art. 14 à 22, 26 à 27-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984)

L'affiliation à un centre de gestion est obligatoire pour les communes et leurs établissements publics qui emploient moins de 350 fonctionnaires titulaires et stagiaires à temps complet, ainsi que pour les communes et leurs établissements publics n'employant que des fonctionnaires à temps non complet, les offices publics de l'habitat et les caisses de crédit municipal employant des fonctionnaires territoriaux.

Les autres collectivités et établissements peuvent s'affilier volontairement.

Il existe en principe un centre de gestion dans chaque département, quelques centres interdépartementaux ou spécifiques existants sur le territoire.

Certaines missions des centres de gestion peuvent être exercées en commun à un niveau régional, notamment l'organisation des concours et examens professionnels relatifs aux cadres d'emplois de catégorie A et B.

Les centres de gestion sont principalement financés par une cotisation obligatoire payée par les collectivités et établissements affiliés.



FICHE N° 6 :

La distinction du grade, de la classe et de l'emploi

CE, 18 mars 1959, *Sieur Sarfati*, Rec. CE, 8 février 1961, *Sieur Bourianne*, Rec.



L'essentiel

L'article 12 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires dispose que le grade est distinct de l'emploi et définit le grade comme le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent. Le grade est un titre attribué à un fonctionnaire qui s'inscrit dans un corps ou un cadre d'emplois, lui-même défini par un statut. Il a donc un caractère statutaire tandis que l'emploi, notion administrative et budgétaire, relève de l'organisation du service. Le grade se caractérise par ses règles d'accès au mérite. À ainsi le caractère d'un grade une classe dont l'accès se fait au choix ou par sélection professionnelle et non à l'ancienneté.



Les mots du juge

« Considérant qu'un fonctionnaire public ne peut, en règle générale, être affecté qu'à un emploi correspondant à son grade »

(CE, 8 février 1961, *Sieur Bourianne*, Rec.)

« Considérant que (...) la classe exceptionnelle, (...) dont l'accès est subordonné à l'inscription à un tableau d'avancement dressé exclusivement au choix, présente en réalité le caractère d'un grade au sens des dispositions du statut général des fonctionnaires »

(CE, 18 mars 1959, *Sieur Sarfati*, Rec.)



Commentaire

La distinction du grade et de l'emploi est un des principes du statut général de la fonction publique. Elle entraîne à la fois corrélation et séparation : *séparation* car le fonctionnaire est titulaire de son grade tandis que l'emploi est à la

disposition de l'administration ; *corrélation* car à chaque grade correspond certains emplois, ce qui entraîne des obligations particulières pour l'administration.

Le grade détenu par un fonctionnaire ne lui donne pas un droit à occuper un emploi déterminé mais l'administration est tenue de le nommer à un emploi compatible avec le grade qu'il détient

Un rédacteur principal de la ville de Périgueux, avait été nommé au service des abattoirs municipaux, visiblement contre son gré. Il soutenait que la décision de mutation était illégale au motif que ce service ne comportait pas d'emploi de son grade. Le Conseil d'État, après avoir rappelé le principe qu'à chaque grade correspond certains emplois, annule la décision de mutation après avoir constaté qu'aucun emploi « correspondant au grade de rédacteur principal dont le requérant était titulaire » n'existait au service des abattoirs (CE, 8 février 1961, *M. Bourianne*, Rec.). Le grade, outre son caractère honorifique, constitue donc une garantie pour le fonctionnaire. C'est ce qui a conduit à populariser la formule, impropre mais

significative, selon laquelle « l'agent est propriétaire de son grade mais pas de son emploi ». La force de cette garantie est cependant très variable selon la rédaction des statuts du corps ou du cadre d'emploi. Certains corps correspondent à des fonctions spécialisées tandis que d'autres, tels les corps des secrétaires administratifs, attachés d'administration ou administrateurs civils, ont des vocations généralistes qui peuvent correspondre à un très grand nombre d'emplois. A l'intérieur du corps, la distinction selon les grades peut correspondre à des emplois réellement distincts, notamment parce que le grade correspond directement à un niveau hiérarchique ou parce que les emplois sont répartis entre les grades, mais



il y a également des corps où les mêmes emplois peuvent être occupés par des titulaires de différents grades.

Le contrôle qu'exerce le juge de l'excès de pouvoir lorsqu'un fonctionnaire soutient que l'emploi sur lequel il a été nommé ne correspond pas à son grade, est un contrôle entier de l'erreur d'appréciation (CE, 19 juillet 1991, *Ministre du budget c/ Mme X...*, n° 81865, T.).

La classe est assimilée au grade lorsqu'elle s'acquiert au mérite, selon la procédure fixée pour l'avancement de grade.

Les grades sont parfois découpés en classes. En vertu d'une disposition commune aux statuts de chacune des trois fonctions publiques, « *la classe est assimilée au grade lorsqu'elle s'acquiert selon la procédure fixée pour l'avancement de grade* ». Au-delà des termes, il convient donc de regarder les règles d'avancement pour savoir si une classe n'est pas en réalité un grade. Par la décision *Sarfati* du 18 mars 1959, le Conseil d'État a jugé que des règles d'avancement au mérite caractérisent un passage de grade et non de classe (CE, 18 mars 1959, Rec.).

Une décision récente a permis de conforter cette jurisprudence et d'en préciser la portée en matière de rémunération (CE, 13 janvier 2010, *M. A...*, n° 317997, T.). Un agent contractuel, employé d'une collectivité territoriale et bénéficiant de la rémunération afférente au troisième chevron du groupe hors échelle A, avait été admis au concours externe d'ingénieur des services territoriaux. À l'occasion de sa titularisation, l'administration l'avait reclassé dans la seconde classe du grade d'ingénieur en chef de première catégorie, à l'échelon le plus élevé, avec une rémunération afférente à l'indice brut 771. Or, la rémunération antérieure de l'agent était équivalente au grade d'ingénieur en chef de première catégorie de première classe. Il soutenait donc que sa titularisation aurait dû être effectuée à ce rang, à tout le moins que sa rémunération aurait dû être calculée sur cette référence.

Autre conséquence de la distinction du grade et de l'emploi, plus inattendue : aucune disposition ni aucun principe général applicable aux fonctionnaires civils n'interdit à l'administration de prévoir qu'un fonctionnaire puisse être placé sous les ordres d'un agent de grade inférieur au sien (CE, 11 décembre 1996, *Département du Val-d'Oise*, n° 152106, Rec.).

Si la différence entre la seconde classe et la première est une différence de grade, l'agent ne peut y prétendre au bénéfice du concours qu'il a réussi. La question était donc de savoir si le passage de la seconde classe à la première constituait un passage de grade auquel il ne pouvait alors prétendre du fait de sa titularisation. Le Conseil d'État a relevé que, dans le corps en question, le passage à la première classe se faisait au choix après inscription à un tableau d'avancement, c'est-à-dire au mérite et non à l'ancienneté. Or, l'accès au mérite caractérise un passage de grade. Ni le reclassement ni la rémunération de l'agent ne pouvant s'effectuer à un grade supérieur à celui auquel la titularisation lui donne droit, son reclassement comme sa rémunération ne peuvent, dès lors, s'opérer qu'au dernier échelon de la seconde classe, au niveau le plus haut du grade auquel il a accédé du fait de sa réussite au concours.

Il faut noter que, si tant la promotion de grade que de classe implique l'accès à une échelle indiciaire de rémunération plus élevée, la règle selon laquelle, lorsque la promotion de grade se traduit par en principe par un changement d'emploi, correspondant au nouveau grade, que le promu est tenu d'accepter, il n'en va pas la même du changement de classe qui n'implique jamais par elle-même un changement d'emploi.



FICHE N° 7 :

Le statut d'emploi

CE, 24 mars 1999, *Syndicat national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales*, n° 187271, T.



L'essentiel

Un statut d'emploi doit être distingué d'un statut de corps (ou « *statut particulier* »). Pour qu'un ou plusieurs emplois puissent relever d'un même ensemble de règles juridiques et faire l'objet d'un statut qui régit la situation des agents qui les occupent – sans méconnaître le principe de séparation du grade et de l'emploi – il faut, d'une part, que la spécificité des missions concernées par rapport aux fonctions auxquelles les corps et grades existants donnent vocation à accéder soit caractérisée et, d'autre part, qu'une large ouverture des viviers de candidats pouvant prétendre à l'accès au statut d'emploi soit assurée. Qualifié de mesure d'organisation du service, le statut d'emploi permet d'assurer une adéquation plus fine entre les compétences détenues par certains agents et l'exercice de missions très spécifiques.



Les mots du juge

« Considérant que le principe d'égalité de traitement ne s'applique qu'aux agents appartenant à un même corps, et qu'aucune disposition législative, ni aucun principe général de droit n'oblige le pouvoir réglementaire, lorsqu'il définit le statut de certains emplois, de subordonner l'accès à ces derniers par des fonctionnaires appartenant à des corps différents, à des conditions identiques »
(CE, 24 mars 1999, *Syndicat national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales*, n° 187271, T.)



Commentaire

Le Conseil d'État a dégagé progressivement des critères précis permettant, pour l'administration qui édicte un statut d'emploi, d'affiner sa gestion des ressources humaines sans méconnaître les principes statutaires de la fonction publique

Le statut d'emploi constitue un outil de gestion des ressources humaines désormais solidement ancré dans l'histoire de la fonction publique. Dans une décision fondamentale (CE, Ass., 13 février 1976, *Casanova X...*, n° 94707, Rec. ; voir aussi CE, 22 avril 1977, *Sieur X...*, n° 00350, Rec.), le Conseil d'État a considéré que la répartition d'emplois en catégories – en l'espèce, pour l'attribution de bonifications indiciaires différenciées – constituait un élément du « *statut du personnel nommé à ces emplois* ». En d'autres termes, cette décision a rendu possible l'édition de règles juridiques spéciales attachées à des emplois, autrement dit un statut d'emplois, parallèlement aux statuts particuliers des corps. Comme l'a récemment rappelé un avis d'Assemblée générale (CE, avis, Assemblée générale, 22 janvier 2015, n° 389396), certains principes relatifs aux statuts d'emploi, tels que l'importance d'une différenciation fonctionnelle suffisamment marquée par rapport aux emplois auxquels donnent normalement accès les corps de fonctionnaires ayant vocation à y être nommés

ou la nécessité de définir un « *vivier* » suffisamment large pour que les emplois régis par le statut ne soient pas réservés aux membres d'un corps, ont été progressivement dégagés par le Conseil d'État.

Au préalable, il est indispensable de distinguer le statut d'emploi du statut de corps (ou « *statut particulier* »). Comme l'a récemment rappelé le Conseil d'État (CE, avis, Assemblée générale, 22 janvier 2015, n° 389396), un « *statut d'emploi, à la différence d'un statut de corps qui régit la situation de l'ensemble des agents d'un même corps indépendamment de l'emploi occupé, gouverne la carrière d'un agent dans un emploi déterminé et pour la durée d'occupation de cet emploi. L'agent nommé dans un emploi relevant d'un statut d'emploi est détaché de son corps d'origine pour occuper cet emploi. Il peut être mis fin à ses fonctions dans son emploi, l'agent revenant alors dans son corps d'origine. Le statut d'emploi définit notamment le contenu de l'emploi, le déroulement de*



carrière dans l'emploi (nombre d'échelons et durée de passage dans les échelons), les grades des corps dont les titulaires ont vocation à occuper l'emploi, les modalités de nomination et de classement dans l'emploi ainsi que, le cas échéant, les limites de durée d'occupation de l'emploi ». En d'autres termes, il s'agit de doter d'un statut « propre » un ou plusieurs emplois¹³ précisément ciblés et relevant d'un même ensemble fonctionnel, en déterminant qui peut y accéder, sous quelles conditions et avec quelle rémunération indiciaire.

L'un des traits essentiels du statut d'emploi est la « précarité » de la situation de l'agent qui en bénéficie. Dans une situation où le fonctionnaire n'est soumis qu'au statut de son corps ou cadre d'emplois, il peut occuper tout emploi correspondant à son grade : le déroulement de sa carrière est organisé indépendamment de l'emploi qu'il occupe. Un statut d'emploi est, par nature, distinct d'un statut de corps puisqu'il s'agit de régir la carrière d'un ou plusieurs agents dans un emploi ou un groupe d'emplois identifiés. La contrepartie consiste, pour l'administration, à pouvoir lui retirer – à tout moment et dans l'intérêt du service – cet emploi. Même si cette situation « précaire » ne prive pas le fonctionnaire concerné de toute garantie, notamment de la possibilité de consulter son dossier avant que le retrait d'emploi soit arrêté (CE, 31 janvier 2014, *Mme A...B...*, n° 369718, T.), l'absence de continuité dans l'exercice des fonctions est un critère fondamental du statut d'emploi. En effet, pouvoir être reversé à tout moment dans son corps ou cadre d'emplois d'origine pour exercer à nouveau un métier différent n'offre pas la même garantie que d'avoir la certitude, sauf motif disciplinaire ou choix personnel de l'intéressé, de pouvoir bénéficier des règles de son statut de corps jusqu'à la fin de sa carrière.

S'il n'est pas toujours aisé de distinguer, parmi les statuts d'emplois, les « faux nez » qui relèvent en réalité d'une logique statutaire (et non fonctionnelle), le Conseil d'État estime que la définition des missions liées à ces emplois doit être suffisamment différenciée de celles des grades des corps dont les membres ont vocation à être détachés sur ces emplois soumis à un statut propre. Lorsque le recours au statut d'emploi ne permet pas de préciser la particulière spécificité de certaines fonctions, il tend à devenir un outil de contournement de l'organisation en corps et grades de la fonction publique ; à ce titre, il ne saurait être compétemment édicté par un ministre ou un chef de service (CE, 14 octobre 2011, *Syndicat national des enseignants de second degré*, n° 343396, T.). Cette « distinction » doit être d'autant plus fondée et rigoureuse que l'exercice de fonctions soumises à un statut d'emploi s'accompagne en principe, pour les agents concernés, d'un traitement indiciaire et d'un régime indemnitaire généralement beaucoup plus favorables que ceux afférents au grade correspondant à la fonction.

Juridiquement, la distinction entre statut d'emploi et statut « particulier » emporte une conséquence importante : en effet, une disposition figurant dans un statut d'emploi, qui permet au fonctionnaire intéressé de bénéficier de certains avantages en termes à la fois de responsabilités et

de rémunération, n'a pas le caractère d'une règle statutaire au sens de l'article 8 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 (CE, 22 février 1991, *Syndicat national des inspecteurs de la jeunesse, des sports et des loisirs*, n° 83113, T.). Il s'agit d'une mesure d'organisation du service qui doit être soumise à l'avis du comité technique compétent (ou, le cas échéant, dans la fonction publique d'État, du Conseil supérieur de la fonction publique d'État, lorsque les dispositions du statut d'emploi sont communes à plusieurs départements ministériels). L'article 36 du décret n° 2011-184 du 15 février 2011 a simplifié la compétence des comités techniques en matière de statut d'emploi. Il prévoit que le comité technique ministériel est seul compétent pour l'examen des statuts d'emploi du département ministériel. Pour les statuts d'emploi des établissements publics, autres qu'à caractère industriel et commercial, c'est le comité technique de proximité de l'établissement qui est compétent.

Toutefois, si la première condition relative à la particulière spécificité des missions concernées par rapport aux fonctions auxquelles les corps et grades existants donnent vocation à accéder est nécessaire, elle n'est pas suffisante : il faut également une large ouverture des viviers de candidats pouvant accéder au statut d'emploi (d'où l'existence de mesures de publication des emplois au *Journal officiel de la République française* prévue par certains statuts d'emplois¹⁴). Ces deux conditions sont requises par le Conseil d'État, lorsqu'il statue au contentieux (CE, 25 octobre 1996, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, n° 131667, Rec.) ou en formation consultative (CE, Avis, Sect. adm., 19 avril 2016, *Projet de décret portant statut d'emploi de chef de mission de l'inspection générale de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche*, n° 391375). Dans sa décision précitée du 25 octobre 1996, le Conseil d'État a ainsi jugé « qu'eu égard notamment à la spécificité des fonctions de direction d'établissement d'enseignement technique agricole et à la diversité des corps au sein desquels sont recrutés ceux qui les exercent, les auteurs du décret attaqué [n'ont pas] commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant d'instituer pour les emplois de direction desdits établissements un statut d'emploi et non un statut de corps ».

Eu égard à la logique fonctionnelle qui fonde le statut d'emploi – qui répond à la volonté de diversifier les viviers de recrutement et de trouver une meilleure adéquation des compétences aux fonctions –, le Conseil d'État a estimé que la création d'un statut d'emploi ne porte pas atteinte au principe constitutionnel d'égalité de traitement entre agents d'un même corps (CE, 24 mars 1999, *Syndicat national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales*, n° 187271, T.). Il en déduit notamment que « les agents relevant d'un statut d'emploi (...) continuent de relever de la CAP de leur corps d'origine » (CE, 11 janvier 2002, *Union nationale des affaires sociales CGT*, n° 225597, Rec.). La CAP n'est consultée qu'au titre de la demande de détachement du fonctionnaire devant exercer les fonctions soumises à un statut d'emploi.

Cette ouverture à des viviers diversifiés n'est toutefois pas sans limites. À cet égard, le Conseil d'État peut estimer

13 Il est possible qu'un seul emploi soit soumis à un statut d'emploi (cf. le décret n° 2006-1635 du 19 décembre 2006 portant statut d'emploi de directeur de l'académie de Paris).

14 Cf. par exemple le décret n° 2009-360 du 31 mars 2009 relatif aux emplois de direction de l'administration territoriale de l'État.



que la trop grande ouverture dans l'accès aux emplois d'un statut d'emploi, qui relève d'une analyse du contenu précis du statut d'emploi, peut conduire à vider de son sens la notion de « condition d'accès » à ces emplois. C'est pourquoi, il exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur les dispositions définissant les catégories de fonctionnaires parmi lesquels peuvent être choisis les titulaires de l'emploi régi par un statut d'emploi (CE, Sect., 13 novembre 2002, *Mme X... et autres*, n° 239064, Rec.).

Le Conseil d'État a également admis qu'aucun principe n'imposait d'ouvrir le statut d'emploi à des fonctionnaires de corps différents, même s'ils relevaient d'une même ca-

tégorie et de l'autorité du même ministre (CE, 10 novembre 1978, *Union professionnelle des cadres administratifs supérieurs des services extérieurs de la construction*, n° 82648, Rec.). Autrement dit, dès lors que la création d'un statut d'emploi relève d'une mesure d'organisation du service, le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires d'un même corps n'interdit pas la prise en compte des grades pour la nomination à un poste relevant d'un statut d'emploi (CE, 21 mai 2014, *Union nationale des inspecteurs principaux*, n° 372995, T., solution. implicite.). En tout état de cause, le Conseil d'État exerce son contrôle juridictionnel sur le terrain de l'erreur manifeste d'appréciation dans le choix des critères retenus pour l'accès aux emplois.

La création d'un statut d'emploi permet de répondre à des besoins fonctionnels très variés

La souplesse laissée à l'administration dans la fixation de l'échelonnement indiciaire attaché à l'emploi soumis à un statut (qui assure à son occupant une progression indiciaire qui lui est propre) et la *précarité* de cet emploi (qui peut être retiré à tout moment dans l'intérêt du service) rend le statut d'emploi adapté pour les emplois de direction ou d'encadrement.

Historiquement, il peut être d'ailleurs admis que le premier statut d'emploi remonte au décret n° 55-1226 du 19 septembre 1955 portant règlement d'administration publique relatif aux conditions de nomination et d'avancement dans les emplois de chef de service, de directeur adjoint et de sous-directeur des administrations centrales de l'État (ce texte ayant été abrogé par le décret n° 2012-32 du 9 janvier 2012 relatif aux emplois de chef de service et de sous-directeur des administrations de l'État). Actuellement, il convient de se reporter au décret n° 2019-1594 du 31 décembre 2019 relatif aux emplois de direction de l'État.

Toutefois, si l'intérêt du statut d'emploi est de permettre une diversification des viviers pouvant prétendre à l'exer-

cice de certaines fonctions, d'une part, et que son objet consiste à définir les conditions de nomination dans un emploi donné et organiser le déroulement de la carrière des agents qui y sont nommés, il faut ajouter, sur le plan fonctionnel, qu'aucune condition tenant à la nature des fonctions susceptibles d'être régies par un statut d'emploi n'a été fixée par le Conseil d'État (CE, avis, Assemblée générale, 22 janvier 2015, n° 389396).

Plusieurs textes montrent que les missions soumises à statut d'emploi peuvent également correspondre à des fonctions d'animation, d'expertise ou de conseil. Ce constat, initialement établi au sein de la fonction publique d'État¹⁵, est aussi valable dans la fonction publique territoriale. En effet, l'article 6-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 a été introduit par le législateur pour que les employeurs territoriaux puissent créer des statuts d'emplois, distincts du dispositif des emplois fonctionnels de direction mentionnés à l'article 53 de la même loi, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, pour assurer l'exercice des missions d'encadrement, d'expertise ou de direction de projet.



¹⁵ Cf. par exemple le décret n° 2008-382 du 21 avril 2008 relatif aux emplois d'expert de haut niveau et de directeur de projet des administrations de l'État et de ses établissements publics.

FICHE N° 8 :

Modalités de création d'un corps interministériel à gestion ministérielle

CE, Assemblée générale, Avis des 28 et 29 mai 2009, n° 382741



L'essentiel

Par un avis rendu dans l'exercice de sa mission consultative, le Conseil d'État a indiqué à quelles conditions il estimait que le pouvoir réglementaire pouvait créer un corps interministériel à gestion ministérielle. La première est le respect des principes propres régissant l'organisation des corps de la fonction publique. Le respect du principe d'égalité entre agents d'un même corps, malgré la diversité des autorités de gestion, est une deuxième exigence. Enfin, la déconcentration de la gestion d'agents d'un même corps à des autorités différentes doit s'inscrire dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires applicables et maintenir des procédures et des critères de recrutement identiques au sein du corps.



Les mots du juge

« Aucune disposition législative ni aucun principe de droit ne fait obstacle à ce que le gouvernement s'attache désormais à privilégier la dimension interministérielle de l'action de l'État et à constituer, à cet effet, des corps interministériels à effectifs nombreux chargés d'assurer certaines missions interministérielles ou certaines fonctions communes à plusieurs ministères. (...) »

Les agents de ces corps interministériels doivent pouvoir accéder à tous les emplois auxquels leur grade leur donne vocation dans le corps dont ils sont membres. Cette ouverture des emplois du corps, sous réserve que l'expérience et les mérites des agents correspondent aux exigences des emplois, est inhérente à la notion de corps et implique que les missions de chaque corps correspondent, par-delà la diversité des emplois, à un même niveau de recrutement et à des groupes homogènes de fonctions. Par suite, la création de grands ensembles statutaires ne doit pas conduire à créer des corps qui constitueraient des entités artificielles, dénaturant la notion de corps résultant de l'article 29 de la loi du 11 janvier 1984 et susceptibles, pour ce motif, d'être entachées d'illégalité. (...) »

Le principe de l'égalité de traitement à laquelle ont droit les agents d'un même corps ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit.

Sauf circonstances exceptionnelles pouvant justifier dans l'intérêt du service qu'un statut particulier fixe des règles établissant une différence de traitement, le respect de ce principe implique, en premier lieu, que les agents du même corps, qu'il soit interministériel ou ministériel, soient soumis aux mêmes règles en ce qui concerne la hiérarchie des grades, le nombre d'échelons dans chaque grade, les règles d'avancement d'échelon et de promotion aux grades supérieurs. Il implique, en outre, que les statuts d'emploi auxquels le corps donnerait éventuellement accès soient identiquement ouverts aux agents du corps satisfaisant aux conditions posées par ces statuts. (...) »

S'agissant des régimes indemnitaires et des taux de promotion régis par le décret n° 2005-1090 du 1^{er} septembre 2005, le principe d'égalité fait obstacle à ce que soient consacrées au sein d'un corps interministériel des différences fondées sur le seul critère du ministère d'affectation.

En revanche, ce principe autorise la création ou le maintien de régimes indemnitaires au sein du même corps dont les critères de modulation seraient liés au mérite des agents, aux sujétions et responsabilités attachées aux emplois, aux conditions d'exercice des fonctions et à leur technicité.

De même, en matière d'avancement, les taux de promotion dans les grades d'avancement des corps interministériels (...) ne devraient pas être modulés selon une simple logique ministérielle mais



procéder d'une appréciation objective, pour chaque ministère, de la situation démographique du corps ainsi que des besoins particuliers, notamment en termes de compétences ou d'encadrement, correspondant aux fonctions afférentes aux grades d'avancement »
(CE, Assemblée générale, Avis des 28 et 29 mai 2009, n° 382741)



Commentaire

Les corps de fonctionnaires peuvent avoir une dimension interministérielle

Les corps de fonctionnaires sont traditionnellement ministériels : le recrutement et la gestion de tous les membres du corps relèvent d'un même ministre et ses agents sont affectés par lui dans les services qui dépendent hiérarchiquement de ce ministre. L'unité de l'État a depuis longtemps conduit à donner à certains corps une dimension interministérielle : ses agents peuvent être gérés par plusieurs ministres ou affectés dans les services de ministres différents.

Il existe ainsi des corps interministériels par affectation : tous les agents sont gérés par le même ministre mais ils peuvent être affectés dans les services d'autres ministres. Il en va ainsi, par exemple, pour le corps des bibliothécaires¹⁶ qui « constitue un corps à vocation interministérielle relevant du ministre chargé de l'enseignement supérieur » (art. 1^{er} du décret n° 92-29 du 9 janvier 1992 modifié portant statut particulier du corps des bibliothécaires). L'autorité d'affectation n'a qu'un pouvoir résiduel de gestion lié à l'affectation dans ses services.

Il existe également des corps interministériels non seulement par les affectations des agents mais par la gestion de leurs carrières. De nombreuses constructions sont possibles. Un corps peut être commun à deux ministères

et les actes de gestion des carrières sont alors pris conjointement par les deux ministres. Par exemple, le corps des ingénieurs des eaux, ponts et forêts est interministériel et relève des ministres chargés de l'agriculture et du développement durable (art. 1^{er} du décret n° 2009-1106 du 10 septembre 2009 portant statut particulier du corps des ingénieurs des ponts, des eaux et des forêts). En pratique, on procède alors souvent à une délégation à une unique autorité.

Plus récemment, ont été créés des corps interministériels à gestion ministérielle, dits CIGeM, dont les deux plus connus sont celui des attachés¹⁷ et celui des administrateurs civils¹⁸ : les règles statutaires y sont communes à tous les agents mais ceux-ci peuvent être affectés dans divers ministères et sont alors gérés par le ministre compétent. Le statut peut prévoir que tous les actes de gestion relèvent des ministres d'affectation (CIGeM des attachés) ou que certains actes ou certaines procédures doivent être pris par plusieurs ministres ou relèvent du Premier ministre (par exemple corps des administrateurs civils). Ainsi, les actes de gestion sont délégués aux ministres employeurs et les règles d'harmonisation déléguées au ministre de la fonction publique (par exemple, le règlement des épreuves du concours).

L'Assemblée générale du Conseil d'État a entériné la création de CIGeM

L'Assemblée générale du Conseil d'État, saisie dans le cadre de sa fonction consultative d'une demande d'avis du ministre chargé de la fonction publique, s'est prononcée sur les conditions dans lesquelles le pouvoir réglementaire pourrait créer des CIGeM, sous l'empire, donc, des dispositions statutaires législatives en vigueur.

L'Assemblée générale a tout d'abord relevé que si les corps sont actuellement organisés suivant une logique ministé-

rielle dans leur très grande majorité, cette organisation résulte d'un choix d'opportunité du Gouvernement et non de dispositions législatives ou de principes de droit. Dans le cadre législatif en vigueur, le pouvoir réglementaire dispose d'un large pouvoir d'organisation de la fonction publique qu'il peut exercer par décret en Conseil d'État, ces mesures revêtant un caractère statutaire.

La création d'un CIGeM est possible à condition de respecter les règles propres aux corps de la fonction publique d'État

Un corps interministériel à gestion ministérielle doit tout d'abord respecter les caractéristiques fixées par l'article 29 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 : « Les fonctionnaires appartiennent à des corps qui comprennent un ou plusieurs grades et sont classés, selon leur niveau de recrutement, en catégories. / Ces corps groupent les fonctionnaires soumis au même statut particulier et ayant

vocation aux mêmes grades ». Un corps de la fonction publique se traduit par un statut et se caractérise par des missions, un niveau de recrutement et des grades qui donnent vocation à exercer certaines fonctions. Il ne peut donc s'agir de créer un simple cadre administratif rassemblant des situations disparates : non seulement le niveau de recrutement, les règles d'organisation du

¹⁶ Décret n° 92-29 du 9 janvier 1992 modifié portant statut particulier du corps des bibliothécaires.

¹⁷ Décret n° 2011-1317 du 17 octobre 2011 modifié portant statut particulier du corps interministériel des attachés d'administration de l'État.

¹⁸ Décret n° 99-945 du 16 novembre 1999 modifié portant statut particulier du corps des administrateurs civils.



corps en grades et échelons, les règles d'avancement comme l'accès aux statuts d'emplois doivent être identiques à tous les agents d'un CIGeM, mais les agents

d'un même corps doivent pouvoir accéder à tous les emplois auxquels leur grade leur donne vocation dans ce corps.

L'autorité de rattachement d'un corps peut être distincte des autorités de gestion et de nomination

Dans la très grande majorité des cas, l'autorité de rattachement d'un corps est également l'autorité de gestion des agents relevant de ce corps. Toutefois, aucune disposition ni aucun principe ne font obstacle, d'une part, à ce que l'autorité de gestion d'agents relevant d'un corps soit

différente de l'autorité de rattachement de ce corps, d'autre part, à ce qu'un corps unique relève de plusieurs autorités de gestion, sous réserve que les différences de gestion qui en résultent ne méconnaissent pas le principe d'égalité entre agents d'un même corps.

La gestion des agents d'un même corps par des autorités différentes ne doit pas méconnaître le principe d'égalité entre agents d'un même corps

La limite posée à l'existence d'une pluralité d'autorités de gestion pour des agents relevant d'un même corps est d'abord celle de l'égalité de traitement. Comme le relève l'avis du Conseil d'État, « *le respect de ce principe implique (...) que les agents du même corps, qu'il soit interministériel ou ministériel, soient soumis aux mêmes règles en ce qui concerne la hiérarchie des grades, le nombre d'échelons dans chaque grade, les règles d'avancement d'échelon et de promotion aux grades supérieurs. Il implique, en outre, que les statuts d'emploi auxquels le corps donnerait éventuellement accès soient identiquement ouverts aux agents du corps satisfaisant aux conditions posées par ces statuts* ».

un traitement différencié des agents d'un même corps, et ainsi, sans méconnaître le principe d'égalité de traitement, de régler de façon différente des situations différentes. Mais les différences de traitement prévues doivent avoir un caractère objectif et être en rapport avec l'objet de la création d'un nouveau corps : en matière de régime indemnitaire, les critères de mérite des agents et les caractéristiques propres aux emplois qu'ils occupent, en matière d'avancement, une appréciation objective de la situation démographique du corps et les besoins particuliers du ministère.

À la question qui lui était directement posée de la possibilité d'établir des règles distinctes pour les membres d'un même CIGeM suivant le ministère dans lequel ils sont affectés, l'Assemblée générale a très clairement répondu par la négative : « *Le principe d'égalité fait obstacle à ce que soient consacrées au sein d'un corps interministériel des différences fondées sur le seul critère du ministère d'affectation* », que ce soit d'ailleurs par voie réglementaire ou par voie législative. Les règles statutaires ni la gestion du corps ne peuvent se fonder sur ce seul critère pour justifier de différences de traitement entre agents du même CIGeM. Cela ne rend pas impossible de permettre

La création d'un CIGeM par fusion de corps existants conduit nécessairement, toutefois, à faire coexister au sein d'un même corps des différences entre agents, notamment de situation indemnitaire, qui induisent des différences de traitement injustifiées au regard du nouveau corps. Le Conseil d'État, conscient de ces difficultés, a estimé qu'une période transitoire de cinq ans constituait un délai raisonnable et compatible avec le principe d'égalité pour résoudre les différences résultant, sur le plan indemnitaire, de l'appartenance aux différents corps fusionnés. La section du contentieux a validé la possibilité du maintien transitoire de régimes indemnitaires différents au sein d'un CIGeM (CE, 6 novembre 2019, Fed. nat. de l'équipement et de l'env. CGT, n° 424391, T.).

Le statut général autorise une déconcentration des pouvoirs de gestion, y compris des recrutements et des avancements

L'avis se prononce ensuite sur les conditions que doit respecter la déconcentration des pouvoirs de gestion, soit principalement :

- la délégation du pouvoir de nomination est possible mais doit résulter du décret statutaire organisant le CIGeM ;

- l'organisation de concours de recrutement dans le corps peut être déléguée à chaque ministre gestionnaire sous réserve que les procédures de recrutement suivent des règles et de critères identiques.



FICHE N° 9 :

Maintien de la qualité de fonctionnaire aux agents d'une entreprise

CC, 12 octobre 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires*, n° 2012-281 QPC



L'essentiel

Il ne résulte d'aucun principe constitutionnel applicable aux fonctionnaires, ni d'aucun droit ou liberté que la Constitution garantit, que les corps (ou cadre d'emplois) de fonctionnaires sont constitués et maintenus en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public. Dès lors, le législateur peut remettre en cause, s'il l'estime opportun, le lien organique et matériel existant entre service public et fonction publique. Les règles de la fonction publique étant instaurées dans l'intérêt du service public, c'est donc l'intérêt du service public qui justifie la condition statutaire du fonctionnaire, et non l'inverse.



Les mots du juge

« 7. Considérant que, selon le syndicat requérant, en prévoyant le maintien de fonctionnaires dans l'entreprise France Télécom, alors que cette entreprise n'est plus investie par la loi d'une mission de service public, les dispositions contestées méconnaissent "le principe constitutionnel en vertu duquel des corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public" (...);

11. Considérant (...) que contrairement à ce que soutient le syndicat requérant, les dispositions contestées ne portent atteinte à aucun principe constitutionnel applicable aux fonctionnaires ni à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit ; que, par suite, les articles 29, 29-1 et 29-2 de la loi du 2 juillet 1990 doivent être déclarés conformes à la Constitution »

(CC, 12 octobre 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires*, n° 2012-281 QPC)



Commentaire

Le lien entre service public et condition statutaire relève du domaine de la loi

Il est admis depuis longtemps que des agents de droit privé, soumis au code du travail, participent à des missions de service public. C'est notamment le cas lorsqu'une mission de service public est confiée par la puissance publique à un organisme privé. Cependant, quantitativement, ce sont les fonctionnaires qui exécutent la plupart des missions de service public, de sorte que l'on peut considérer que le service public leur est traditionnellement confié. Cette *liaison* de la condition statutaire et du service public, née de l'histoire de la fonction publique en France et de l'avantage d'une situation unilatérale et réglementaire pour assurer la continuité du service ne résulte pas, selon le Conseil constitutionnel, d'un « principe constitutionnel applicable aux fonctionnaires », ni d'aucun « droit ou liberté que la Constitution garantit » (CC, 12 octobre 2012, *Syndicat de défense des fonctionnaires*, n° 2012-281 QPC). Par conséquent, aucune norme constitutionnelle ne reconnaît,

qualitativement, l'existence d'un lien *juridique* automatique entre la condition statutaire de « fonctionnaire » et l'exécution du service public. Il appartient donc au seul législateur d'assurer, s'il le souhaite, l'existence d'un lien organique et matériel entre la fonction publique et service public.

Avant la QPC du Syndicat de défense des fonctionnaires, le Conseil d'État avait admis la valeur constitutionnelle d'un tel lien.

En effet, le Conseil d'État saisi de la question de savoir s'il était constitutionnellement possible de placer des corps de fonctionnaires de l'État auprès d'une personne morale de droit privé avait déduit, dans un avis consultatif, des « dispositions de la Constitution relatives à l'administration et aux fonctionnaires, mais aussi [d]es diverses lois qui, tradi-



tionnellement dans notre droit, ont posé les règles spéciales relatives au statut de la fonction publique et énoncé les garanties fondamentales reconnues aux fonctionnaires, et qui ont eu pour objet essentiel d'assurer la neutralité et la continuité des services publics, reconnues comme des conditions indispensables de la bonne exécution de ceux-ci », l'existence d'un « principe constitutionnel selon lequel des corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public » (CE, Assemblée générale, avis, 18 novembre 1993, *Statut de France Télécom*, n° 355255). Dès lors, il n'est pas paru possible au Conseil d'État, du point de vue constitutionnel, que des corps de fonctionnaires soient placés auprès d'organismes dont l'objet essentiel n'est pas d'assurer l'exécution du service public.

Le Conseil d'État a ensuite considéré, à propos de la transformation de la Caisse nationale de prévoyance en société anonyme par la loi n° 92-655 du 15 juillet 1992 portant diverses dispositions d'ordre fiscal, que ce principe constitutionnel ne faisait pas obstacle à ce que des fonctionnaires soient mis à disposition ou à ce qu'il soit prévu un détachement d'office, pour une durée raisonnable et à titre transitoire, auprès d'un organisme n'assurant pas une mission de service public (CE, Avis, Sect. finances, 23 septembre 1997, n° 360829).

Pour sa part, le Conseil constitutionnel reconnaît plusieurs principes constitutionnels qui s'attachent à l'accomplissement de missions de service public, en particulier l'égalité devant le service public qui découle de l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen (CC, 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoriaux*, n° 2009-584 DC, cons. 2) et le principe de continuité qui n'est rattaché à aucune disposition constitutionnelle (par exemple : CC, 27 janvier 1994, *Loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature*, n° 93-337 DC, cons. 19 et 20). En revanche, dans la QPC *Syndicat de défense des fonctionnaires*, le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas l'existence d'un principe constitutionnel en vertu duquel des corps de fonctionnaires ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public.

L'absence de principe constitutionnel relatif au lien qui unirait les fonctionnaires aux missions de service public s'explique pour deux raisons.

D'une part, la Constitution de la Ve République du 4 octobre 1958, qui fait référence aux « agents publics » ou aux « emplois civils et militaires de l'État », ne consacre aucun principe de valeur constitutionnelle garantissant aux « fonctionnaires », quelle que soit la fonction publique

dont ils relèvent, le droit d'exercer leurs missions dans le cadre du service public. Dès lors qu'un « corps » n'a aucune personnalité juridique, le Conseil constitutionnel se fonde sur la qualité de « fonctionnaire », seule à même de conférer à leur titulaire un droit – donc se prévaloir de la méconnaissance d'un principe constitutionnel. Ainsi, le principe dégagé par la QPC *Syndicat de défense des fonctionnaires* s'applique à l'ensemble des fonctionnaires.

D'autre part, le lien entre la fonction publique et le service public ne saurait être qualifié de principe fondamental reconnu par les lois de la République. Il peut être relevé que l'établissement, par la législateur, d'un lien explicite entre fonction publique et missions de service public n'est intervenu qu'avec la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires, dont l'article 1^{er} définit les fonctionnaires de l'État comme « les personnes qui, nommées dans un emploi permanent, ont été titularisées dans un grade de la hiérarchie des cadres d'une administration centrale de l'État, des services extérieurs en dépendant ou d'établissements publics de l'État ». Cette formulation a été substantiellement reprise à l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires et aux articles 2 des titres II, III et IV du statut général de la fonction publique. Toutefois, l'antériorité vis-à-vis du régime républicain institué par la Constitution de la IV^e République ne suffit pas à donner à ce lien la constance et la généralité qui caractérisent l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

Par conséquent, l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, applicable aux trois fonctions publiques, qui prévoit que les emplois civils permanents de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics sont occupés par des fonctionnaires, pose une règle qui n'a pas valeur constitutionnelle. La loi organise d'ailleurs de fréquentes dérogations pour permettre que des agents contractuels, de droit public ou de droit privé, occupent ces emplois. Par suite, peu après la QPC *Syndicat de défense des fonctionnaires*, le Conseil constitutionnel a pu logiquement décider « qu'aucun principe constitutionnel ne fait obstacle à ce que le législateur prévoie que des personnes recrutées au titre d'un emploi d'avenir professeur participant à l'exécution du service public de l'éducation nationale soient soumises à un régime de droit privé » (CC, 24 octobre 2012, *Loi portant création des emplois d'avenir*, n° 2012-656 DC). Rien ne s'oppose donc à ce que le législateur décide que des agents de droit privé soient directement en charge de l'exécution d'une mission de service public administratif gérée par l'État ni que des fonctionnaires se retrouvent, dans une certaine situation, à occuper un emploi qui ne correspond pas à une mission de service public.



FICHE N° 10 :

Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires

CE, Ass., 27 octobre 1989, *M. X...*, n° 95511, Rec.

L'essentiel

S'il n'est pas sans lien avec le principe d'égal accès à la fonction publique, le principe d'égalité de traitement entre les fonctionnaires d'un même corps ou cadre d'emplois, qui s'applique au déroulement de leur carrière et à leurs conditions de rémunération, constitue l'une des sources constitutionnelles du droit de la fonction publique. La méconnaissance de ce principe permet en principe d'annuler tout acte constitutif d'une discrimination entre des fonctionnaires qui, au sein d'un même corps ou cadre d'emplois, se trouvent dans une situation identique. Déclinaison du principe d'égalité, sa portée n'est pas absolue : le constat d'une différence de situation entre les intéressés ou un motif d'intérêt général en rapport avec l'objet de la mesure peuvent conduire à admettre une mesure instaurant une différence de traitement entre les fonctionnaires soumis à un même statut particulier.



Les mots du juge

« Considérant que l'égalité de traitement à laquelle ont droit les agents d'un même corps ou d'un même cadre d'emplois fait obstacle à l'établissement de règles d'avancement discriminatoires au détriment de certains d'entre eux, à moins que des circonstances exceptionnelles n'en justifient l'établissement dans l'intérêt du service »

(CE, Ass., 27 octobre 1989, *M. X...*, n° 95511, Rec.)



Commentaire

Un principe structurant de la fonction publique, dont les contours épousent le déroulement des carrières

Les contours du principe

Le principe d'égalité de traitement ne s'applique, en principe, qu'aux fonctionnaires appartenant à un même corps ou cadre d'emplois (CE, Ass., 6 mars 1959, *Syndicat général CGT de l'administration centrale du ministère des finances*, Rec. ; CE, Ass., 13 mai 1960, *Sieurs Molina et Guidoux*, n° 44344, Rec.), ce qui vaut aussi au sein de la fonction publique militaire (CE, 21 novembre 2007, *M. A...*, n° 293034, T. : différence de traitement en fonction de l'appartenance au corps des officiers). Le Conseil constitutionnel retient la même formulation que celle du Conseil d'État dans la décision qui a consacré la constitutionnalité du principe (CC, 15 juillet 1976, *Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires*, n° 76-67 DC, cons. 2 ; CC, 12 septembre 1984, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, n° 84-179 DC, cons. 8 et 12). Aucune considération budgétaire ne peut le priver d'effet (CE,

26 mai 2010, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Mlle A...*, n° 307786, T.). Si le principe d'égalité de traitement ne s'applique pas à des agents relevant de corps ou cadre d'emplois différents (CE, 5 mars 2012, *Mme X...*, n° 354718, T. ; au point de ne pouvoir être, dans cette hypothèse, utilement invoqué, le moyen est inopérant : CE, 7 mai 1975, *Sieur X...*, n° 86207, Rec.), c'est parce que *le rattachement à des statuts différents traduit objectivement une différence de situation entre les agents*.

Ce qui doit primer, c'est le traitement égal des personnes placées dans des situations identiques.

Toutefois, si l'appartenance à un même corps détermine a priori une identité de situation entre fonctionnaires, l'application du principe d'égalité de traitement n'est ni automatique, ni absolue : en effet, le juge administratif fait application du principe d'égalité, lequel « ne s'oppose



pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier » (CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI*, n° 322326, Rec.)¹⁹. Ainsi, l'introduction d'une différence de traitement entre les agents soumis à un même statut particulier est possible, dans les conditions et limites posées par le Conseil d'État quant à l'application du principe d'égalité. Il faut que la différence de situation visée par la mesure introduisant une différence de traitement soit objective, rationnelle (CE, Ass., 13 juillet 1962, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, n° 51265, Rec.) et suffisamment caractérisée pour justifier la différence de traitement (CE, Sect., 10 mai 1974, *Sieurs Y... et X...*, n° 88032, Rec.). Cette différence de traitement doit être en rapport avec l'objet ou le but de la norme qui l'institue (CE, 31 octobre 1990, *Union des chambres syndicales de l'industrie du pétrole*, n° 82793, Rec.) et ne pas être manifestement disproportionnée par rapport à la différence de situation (CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI*, n° 322326, Rec. ; CE, Sect., 18 décembre 2002, *Mme X...*, n° 233618, Rec.).

En effet, ce principe doit permettre de comparer les fonctionnaires qui relèvent du même corps ou cadre d'emplois, ce qui suppose que leur situation soit identique. Il ne s'applique pas entre la fonction publique civile et la fonction publique militaire (CE, 19 juillet 2010, *M. A...*, n° 334478, T.). Parmi les trois fonctions publiques soumises à la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, les agents relevant de statuts différents peuvent être traités différemment, même si les corps ou cadres d'emplois auxquels ils sont rattachés présentent entre eux, de par leurs missions, certaines analogies (cf. à propos des fonctionnaires de police : CE, 19 juin 2002, *Commune de Marçay-en-Baroeul et autres*, n° 221500, T.). Au sein d'une même fonction publique, aucune méconnaissance du principe d'égalité de traitement ne peut être retenue entre des fonctionnaires employés par des catégories d'employeurs différents (cf. pour la fonction publique d'État : CE, 13 janvier 1999, *Mme X... et autres*, n° 187629, T. ; pour la fonction publique territoriale : CE, 12 mars 2012, *M. X...* n° 331373, T.). Par ailleurs, la situation des agents d'un même corps n'est *a priori* pas identique lorsqu'ils se trouvent dans des positions statutaires différentes (CE, 14 mars 1997, *Mme Job*, n° 109772, T. ; CE, 3 avril 1998, *M. X...*, n° 179197, T.).

Le principe d'égalité de traitement s'applique donc à l'intérieur de chaque corps, ou cadre d'emplois, parmi les fonctionnaires placés dans une situation identique.

Le Conseil d'État ne reconnaît qu'une « entorse » possible à ce champ d'application. Il s'agit de la situation dans laquelle est édictée une norme régissant la situation des fonctionnaires qui, en raison de son contenu, n'est pas limitée à un même corps ou cadre d'emplois (CE, Sect., 9 février 2005, *Syndicat national unitaire et indépendant des*

officiers de police, n° 229547, Rec.). Le principe d'égalité de traitement peut alors franchir la « frontière » d'un statut particulier si le contenu de la mesure a vocation à régir des agents relevant de corps différents (en l'espèce, il s'agissait d'instituer des avantages en faveur des fonctionnaires civils de l'État affectés dans des quartiers urbains difficiles). Le caractère de « transversalité » d'une même norme, dont le contenu est indifférent à la notion de corps, permet *a priori* de se prévaloir d'une situation identique, donc de l'application du principe d'égalité de traitement. Un raisonnement analogue a été tenu par le Conseil d'État lors de la création de la nouvelle bonification indiciaire (NBI) qui, au sein d'un certain champ organique, récompense l'occupation de certains emplois – identifiés selon des critères fonctionnels et non statutaires (CE, 2 mai 1994, *M. X... Volat*, n° 138272, Rec. ; CE, 9 septembre 1994, *M. X...*, n° 133640, T. : l'invocabilité du principe est possible, même si la NBI, qui présente un caractère temporaire et n'a pas de conséquences en termes d'avancement ou de déroulement de carrière, ne méconnaît pas un tel principe).

En dehors de cas particulier, le principe d'égalité de traitement entre fonctionnaires ne s'applique qu'au sein du corps, dès l'entrée dans le corps qui soumet les agents à un même statut (CE, 6 décembre 2002, *M. X...*, n° 242927, T.). Il en résulte notamment qu'aucune discrimination entre fonctionnaires ne peut être opérée à raison de la date de leur titularisation dans le corps (CE, Ass., 28 juin 2002, *M. X...*, n° 223212, Rec.). Toutefois, le principe d'égalité de traitement ne s'applique ni à l'occasion de la constitution d'un corps (CE, 27 avril 1994, *Association de défense des ingénieurs territoriaux*, n° 116043, Rec.), ni lors de l'intégration dans un même corps de fonctionnaires provenant de corps différents (CE, 11 octobre 1967, *X...*, n° 67854, T. ; CE, 11 juillet 2001, *M. X...*, n° 194354, T.), peu importe que cette diversité d'origine statutaire conduise à des écarts de rémunération une fois les agents intégrés dans le nouveau corps (CE, 7 février 2005, *Mme X...*, n° 257288, T.). Lorsqu'une discrimination concerne l'entrée dans le corps entre des agents qui proviennent d'horizons variés, ce n'est pas le principe d'égalité de traitement qui est appliqué mais le principe d'égal accès aux emplois publics (CE, 10 janvier 1986, *Fédération nationale des travailleurs de l'État CGT*, n° 62161, Rec.). Toutefois, si l'accès à un corps concerne les agents d'un seul statut, la méconnaissance du principe peut être invoquée. En effet, les dispositions relatives à l'entrée dans le corps d'accueil soulèvent alors une question d'égalité de traitement pour ces agents relevant du même corps d'origine.

Le principe d'égalité de traitement entre fonctionnaires n'interdit pas toute réforme dans la structure d'un corps ou cadre d'emplois mais il conduit à assurer le respect de la hiérarchie interne à chaque corps ou cadre d'emplois. Il peut être invoqué pour des mesures touchant à la structure du corps, telles qu'un texte portant « *repyramidage* » d'un corps, lorsque la modification des durées d'ancienneté dans les échelons et des modalités de reclassement prévues conduit à ce que certains fonctionnaires soient reclassés à un échelon supérieur à celui auquel sont reclassés d'autres

¹⁹ Le Conseil constitutionnel retient une formulation analogue du principe d'égalité, qui « 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 avec l'objet de la loi qui l'établit » (CC, 9 janvier 1990, *Loi modifiant l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, n° 89-266 DC, cons. 5).



agents qui, dans la situation antérieure, détenaient un échelon supérieur (CE, 9 novembre 1994, *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public*, n° 119393, T.). Une telle inversion de carrière serait contraire à l'égalité de traitement dans la carrière. De même, si une mesure de validation de l'expérience professionnelle acquise avant l'entrée dans le corps peut s'appliquer aux fonctionnaires déjà en fonctions, elle ne peut pas conduire à inverser l'ordre d'ancienneté entre ces fonctionnaires (CE, 17 novembre 2006, *M. A...*, n° 275632, T.). Une dérogation au maintien de cette hiérarchie interne par le principe d'égalité de traitement a été admise par le Conseil d'État en matière de *promotion interne*, « lorsque l'intérêt du service dans le corps du niveau hiérarchiquement supérieur l'exige » (CE, Sect., 26 octobre 1979, *M. X...*, n° 09573, Rec. ; CE, 10 janvier 2001, *Syndicat national des administratifs et techniciens de l'environnement, de l'architecture et de l'urbanisme*, n° 193160, T.).

Des dérogations peuvent être admises par le Conseil d'État, sous réserve de respecter strictement certaines conditions

L'édiction d'une différence de traitement demeure une dérogation au principe d'égalité qui, en tant que telle, conduit à un contrôle strict du Conseil d'État. L'admission d'une différence de situation entre fonctionnaires d'un même corps – qui conduit à ne pas méconnaître le principe d'égalité – peut découler soit de l'existence de conditions différentes d'exercice des fonctions par certains agents d'un corps, qui conduisent à estimer que leur situation n'est pas identique à celles des autres agents, soit d'un motif d'intérêt général tiré du bon fonctionnement du service et en rapport avec l'objet de la mesure introduisant la différence de traitement, (selon les principes dégagés

Au-delà de son importance dans la structuration des corps et dans le cadre juridique qui vient d'être rappelé, le principe d'égalité de traitement peut être invoqué à l'appui de toute mesure ayant pour objet ou pour effet de créer une différence de traitement entre des agents soumis à un même statut particulier, ce qui recouvre un champ large en matière de carrière (avancement, congés, affectation, détachement, limite d'âge, etc.) et de rémunération des fonctionnaires. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'octroyer aux fonctionnaires des avantages non prévus par les textes (ni statutaires, ni indemnitaires), le Conseil d'État estime que, sauf motif d'intérêt général, le respect du principe d'égalité conduit à en faire bénéficier tous les fonctionnaires se trouvant dans une situation « analogue » (CE, 18 novembre 2011, *Ministre de la justice c/ M. A...*, n° 344563, Rec.).

par : CE, Sect., 10 mai 1974, *Sieurs X et Y...*, n° 88032, Rec. ; voir pour la rédaction actuelle du considérant de principe, CE, Ass., 11 avril 2012, *GISTI*, n° 322326, Rec.). Dès lors qu'aucun motif d'intérêt général (ou aucune « circonstance exceptionnelle ») ne le justifie, ni aucune différence dans les conditions d'exercice des fonctions n'existe, la mesure est annulée en application du principe d'égalité de traitement (cf. mesure statutaire : CE, 21 octobre 1988, *Secrétaire d'État auprès du ministre des postes et télécommunications et du tourisme c/ M. X...*, n° 75623, Rec. ; mesure indemnitaire : CE, 3 septembre 2007, *Union syndicale des magistrats administratifs*, n° 297790, T.).

Différence de situation dans les conditions d'exercice des fonctions

Le second cas de dérogation au principe d'égalité, plus fréquemment admis par le Conseil d'État, est lié aux « conditions d'exercice des fonctions » (CE, 16 mai 1980, *M. X... et autres*, n° 12670, Rec.). En effet, il faut rappeler que le principe d'égalité n'implique pas que des personnes placées dans des situations différentes soient traitées de manière identique (CE, 6 décembre 2002, *M. X...*, n° 242927, T.). Or, si la situation des agents relevant d'un même corps n'est pas identique, l'introduction d'une différence de traitement fondée sur cette différence de situation entre les fonctionnaires concernés est légalement possible.

Toutefois, une différence de traitement uniquement fondée sur un critère exclusivement géographique ne permet pas de caractériser une différence dans les conditions d'exercice des fonctions (CE, 31 janvier 2001, *M. X...*, n° 201907, T.), même si ce seul critère autorise, eu égard aux différences dans les conditions d'exercice des fonctions, une différence de traitement au sein d'un même corps entre les agents en service à l'étranger et ceux qui sont affectés en métropole (CE, 29 juillet 1994, *Mme Rizzi et autres*, n° 148039, T.).

Sur le plan indemnitaire, il a été admis que la différenciation d'un montant de primes en fonction du lieu d'exercice des fonctions (CE, 9 novembre 2011, *Syndicat national Force-Ouvrière des personnels de préfectures*, n° 345694, T. : à propos d'une distinction entre les agents en fonction à l'administration centrale ou dans des services déconcentrés pour la détermination du montant de la part relative aux fonctions de la prime de fonctions et de résultats) ou selon le niveau de responsabilité notamment lié aux tâches d'encadrement (CE, 12 janvier 2007, *Mme X...* et *Mme Y...*, n° 288767, T.).

Les conditions dans lesquelles les agents exercent leur activité au sein de l'administration peuvent justifier une différence de traitement entre agents d'un même corps, notamment en matière déontologique (CE, 14 novembre 1997, *M. X...* n° 178794, Rec.). En revanche, l'inexistence d'une différence dans les conditions d'exercice des fonctions a conduit, dans le cadre de l'application du principe d'égalité de traitement, à mettre fin à des distinctions entre hommes et femmes lors des affectations prononcées (CE, 14 avril 1995, *M. X...* n° 107429, T.).

Motif d'intérêt général et « circonstances exceptionnelles »

S'agissant du premier cas de dérogation, il est fondé sur des « considérations d'intérêt général qui sont en rapport avec l'objet de loi » (CC, 22 décembre 1986, *Loi relative à la limite d'âge et aux modalités de recrutement de certains*

fonctionnaires civils de l'État, n° 86-220 DC, cons. 7). La référence à l'intérêt général ne suffit pas à justifier une différence de traitement. Un rapport logique et de proportionnalité doit exister entre la mesure discriminatoire



et l'intérêt général poursuivi par l'objet de la loi (CE, Ass., 5 mars 1999, *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public*, n° 132023, Rec. : à propos d'une bonification au profit des agents ayant perçu une allocation d'enseignement).

L'intérêt général qui s'attache à la « valorisation d'une activité à temps plein au sein des établissements publics de santé » (CE, 26 juin 2009, *MM. X... et Y...*, n° 307369, Rec.) et l'intérêt général qui s'attache à la « propagation de la langue française à l'étranger » (CE, 20 octobre 2000, *Mme X...*, n° 194739, T.) ont pu légalement fonder des différences de traitement entre agents d'un même corps. De même, l'intérêt général qui s'attache à « ce que les agents publics soient répartis sur le territoire en fonction des besoins de la population et des nécessités du service » peut conduire à moduler une indemnité en fonction des circonscriptions territoriales d'affectation des agents (CE, Sect., *Syndicat départemental CFDT de la direction départementale de l'équipement du Gard*, n° 220062, Rec.).

À cette première dérogation liée au motif d'intérêt général peut se rattacher une veine jurisprudentielle fondée sur les « circonstances exceptionnelles qui justifient l'édition d'une différence de traitement dans l'intérêt du service » (CE, Ass., 6 mars 1959, *Syndicat général CGT de l'administration centrale du ministère des finances*, Rec. ; CE, Ass., 13 mai 1960, *Sieurs Molina et Guidoux*, Rec. ; CE, Ass., 27 octobre 1989, *M. X...*, n° 95511, Rec.). Pour qu'elles puissent être légalement fondées, il faut que les circonstances soient

exceptionnelles : la nouveauté de la réforme ou l'urgence qui s'attache à sa mise en œuvre sont des éléments décisifs (cf. CE, Ass., 1972, *Union interfédérale des syndicats de la préfecture de police et de la sûreté nationale*, n° 75225, Rec.). En outre, le caractère transitoire permet de mieux admettre la dérogation, sur ce motif, au principe d'égalité de traitement (CE, 24 octobre 1951, *Fédération syndicale des travailleurs des PTT*, Rec.).

Toutefois, l'admission par le Conseil d'État d'une atteinte au principe d'égalité de traitement au motif de « circonstances exceptionnelles » et dans « l'intérêt du service » est limitée. Par exemple, une procédure pérenne d'avancement ne peut, sans méconnaître le principe d'égalité de traitement, être fondée sur de telles circonstances (CE, 28 juin 1989, *Ministre de l'intérieur c/ M. X...*, n° 85193, T.). En effet, la mesure doit être justifiée par un *changement structurel* tel que la mise en œuvre d'une réforme législative (CE, 16 juin 1972, *Dame Le Marre et autres*, Rec. : mise en place des universités prévues par la loi n° 68-978 du 12 novembre 1968), de réorganisations administratives (CE, 10 novembre 1978, *Union professionnelle des cadres administratifs supérieurs des services*, n° 82648, Rec. : restructuration des services extérieurs de l'équipement par réunion des services de deux ministères) ou de fusions de corps (CE, Sect., 22 novembre 1963, *Sieur Ruffel*, Rec. : reclassement dans des corps d'emplois métropolitains des fonctionnaires de la France d'outre-mer dont les corps avaient été supprimés à la décolonisation, avec maintien aux profits des plus âgés de la limite d'âge en vigueur dans leur corps d'origine).



FICHE N° 11 :

Le pouvoir réglementaire du chef de service

CE, Sect., 7 février 1936, *Sieur Jamart*, n° 43321, Rec.



L'essentiel

Tout chef de service peut prendre toute mesure nécessaire au bon fonctionnement de son administration, y compris des mesures réglementaires. Ce pouvoir doit cependant s'exercer avec prudence, afin de ne pas méconnaître ou compléter incompétemment les lois et règlements applicables. En matière de fonction publique, ce pouvoir est désormais réduit à quelques domaines spécifiques.



Les mots du juge

« Même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité »

(CE, Sect., 7 février 1936, *Sieur Jamart*, n° 43321, Rec.)



Commentaire

Tout chef de service dispose d'un pouvoir réglementaire limité aux mesures nécessaires au fonctionnement du service

En France, le pouvoir réglementaire appartient, selon la Constitution, au président de la République et au premier ministre : les ministres, les directeurs d'administration et toutes les autres personnes exerçant des fonctions publiques n'en disposent normalement pas. Il faut qu'une loi ou un décret d'une de ces deux autorités l'ait prévu pour qu'une autre personne puisse fixer des règles applicables aux administrations françaises.

À l'intérieur de ce cadre normatif, il est en pratique souvent nécessaire de fixer certaines règles complémentaires pour faire fonctionner une administration et appliquer la réglementation. De façon réaliste, le Conseil d'État a donc admis, par la décision *sieur Jamart*, que les chefs de service disposent du pouvoir de « prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité », et que ces mesures peuvent comprendre des règles générales, impersonnelles et permanentes. Dans cette mesure, chaque chef de service dispose d'un pouvoir réglementaire (CE, Sect., 7 février 1936, n° 43321, Rec.).

Ce pouvoir est largement partagé : tout chef de service en dispose. Il s'agit du ministre, qui dirige un département

ministériel de l'administration, des autorités exécutives des collectivités territoriales (maire, président du conseil régional, etc.), des présidents d'établissements publics ou d'autorité indépendantes mais aussi de personnes qui, à l'intérieur de ces administrations, ont la charge d'un service à qui est confiée une mission et qu'il est nécessaire de réglementer à leur niveau (directeur d'administration centrale, chef de bureau, etc.). En revanche, pour exercer un tel pouvoir, il faut disposer de la charge de diriger entièrement la mission confiée au service et d'un véritable pouvoir hiérarchique sur les agents en cause (CE, 30 septembre 2011, *Comité d'action syndicale de la psychiatrie et autres*, n° 337334, T.).

De telles règles ou lignes directrices existent dans tous les services et beaucoup sont d'une importance très faible : règles d'organisation, procédure de traitement des dossiers, etc. Une partie d'entre elles constituent aux yeux du juge des mesures d'ordre intérieur, c'est-à-dire des actes insusceptibles de recours. D'autres ont une importance pratique considérable et sont susceptibles de recours : si le chef de service a excédé sa compétence, la règle fixée sera annulée pour excès de pouvoir. Il est donc important de cerner les critères de cette compétence.



La compétence réglementaire du chef de service est résiduelle et conditionnée par la nécessité du fonctionnement du service

La structure des administrations, le contenu et les conditions des services publics, leur fonctionnement sont régis par des lois et des décrets. La structure des administrations relève, en particulier, du domaine réglementaire et est fixée, dans ses grandes lignes, par des décrets, souvent complétés d'arrêtés prévus par ces décrets. Les règles fixées par le chef de service, en dehors de toute habilitation particulière, se situent donc à un niveau inférieur et subsidiaire : en aucun cas elles ne peuvent déroger à ces règles. En principe, le chef de service n'est pas autorisé à les compléter.

Cependant, tout n'est jamais écrit dans le texte : il se rencontre fréquemment que le bon fonctionnement pratique d'un service nécessite que certaines règles de fonctionnement soient posées. Lorsque la règle est « *nécessaire au bon fonctionnement de l'administration placée sous [son] autorité* », le chef de service est compétent pour l'édicter. Ces règles concernent notamment :

- la structure de l'administration dirigée (sur la création d'une aumônerie dans un lycée, voir CE, Ass., 1^{er} avril 1949, *Sieur Chaveneau*, Rec.) ;
- le fonctionnement du service : horaires d'ouverture, répartition des tâches, etc. ;
- les procédures suivies par cette administration (sur l'institution d'une consultation du chef d'établissement scolaire sur le choix de leur collaborateur, CE, 9 juillet 2003, *Syndicat national de l'administration scolaire et universitaire et des bibliothèques*, n° 237021, T. ; sur l'obligation de faire certaines déclarations préalables prévues par les textes par écrit, CE, 17 juin 2009, *Syndicat des enseignants UNSA et Commune de Brest*, n° 321897, T. ; sur la fixation d'un délai pour faire une déclaration prévue par les textes, CE, 27 novembre 2013, *Sud Travail affaires sociales*, n° 359801, T.). Une mesure d'organisation interne ne peut toutefois pas ajouter à une procédure une formalité de consultation obligatoire dont la méconnaissance pourrait être invoquée par les tiers (CE, 25 janvier 2012, *Association nationale des psychologues de la petite enfance et autres*, n° 342210, T.). Ces précisions procédurales doivent en outre respectées le cadre général fixée par le code des relations entre le public et l'administration ;
- la création d'instances de concertation et de dialogue social (CE, 11 mai 1979, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*, n° 5020, Rec. ; CE, 9 mars 2016, *Syndicat UNSA-ITEFA*, n° 382868, T.) ;
- l'institution de prestations d'action sociale à caractère facultatif et non statutaire, en l'absence de dispositions législatives et réglementaires applicables (CE, 6 décembre 2002, *M. Mollard*, n° 222816, T.) ;
- l'institution de certaines sujétions jugées nécessaires au bon fonctionnement du service : interdiction de

consommer de l'alcool (CE, 11 avril 2008, *Union générale des syndicats pénitentiaires*, Rec.) ; mesures d'hygiène ou de santé publique (pour des vaccinations obligatoires, cf. CE, Ass., 3 mars 2004, *Association Liberté information santé*, n° 222918, Rec.).

À chaque fois, ces règles doivent être instituées dans le respect des lois, décrets et autres normes applicables. Elles concernent d'abord le fonctionnement interne de l'administration, pour lequel le chef de service peut, par exception, compléter les textes existants, dans leur respect et si c'est nécessaire au bon fonctionnement.

En revanche, le chef de service n'est pas en principe compétent pour fixer des règles déterminant les droits et obligations des usagers. Il arrive cependant que son pouvoir réglementaire ordonné au « *bon fonctionnement du service* » le conduise à réglementer la situation des usagers :

- dans l'affaire de la décision *Sieur Jamart*, il a été admis qu'un chef de service puisse « *dans la mesure où l'exige l'intérêt du service, interdire l'accès des locaux qui y sont affectés aux personnes dont la présence serait susceptible de troubler le fonctionnement régulier dudit service* » ;
- plus fréquemment, le chef de service, en général le ministre, peut fixer la liste des pièces en principe nécessaires à l'instruction d'une demande (CE, Ass., 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, n° 07134, Rec.)²⁰.

Dans certains cas limites, le chef de service, qui n'est pas compétent pour fixer les modalités d'application d'une loi ou d'un décret, peut imposer une méthode d'application d'un texte que son administration doit appliquer. Ainsi, un ministre a légalement pu organiser des commissions départementales d'action sociales pour assurer, comme le prévoyait la loi, une participation des fonctionnaires à la gestion de l'action culturelle, sportive et de loisirs dont il bénéficiait (CE, Sect., 29 décembre 1995, *Syndicat national des personnels de préfecture CGT et Force-Ouvrière*, n° 143017, Rec. : création de commissions départementales d'action sociale) ou fixer les modalités de calcul d'une indemnité dont le décret ne prévoyait que le plafond (CE, 21 septembre 2015, *M. A...*, n° 382119, Rec. ; voir, pour une autre configuration, CE, 22 juillet 2016, *Syndicat interprofessionnel des radios et des télévisions indépendantes et autres*, n° 374114, T.). Ces interventions se justifient parfois par la nécessité de respecter le principe d'égalité, y compris lorsque l'administration a un grand pouvoir discrétionnaire (CE, Sect., 30 décembre 2010, *Ministre du logement et de la ville c/ Mme A...*, n° 308067, Rec.). Il est cependant plus prudent, dans de tels cas, de fixer de simples lignes directrices (cf. la fiche n° 12 « L'utilisation des circulaires et des lignes directrices »).

²⁰ La décision censure cependant la circulaire mise en cause en tant qu'elle donne au recteur le pouvoir de rejeter comme irrecevable une demande non accompagnée de l'ensemble de ces pièces exigées, alors que le préfet n'avait qu'une fonction d'instruction et que le pouvoir de décision appartenait aux conseils académiques, qui pouvaient donc seuls décider de l'impossibilité de se prononcer sur un dossier



Vis-à-vis des usagers, la frontière du pouvoir réglementaire est ainsi difficile à tracer. Lorsqu'il précise les modalités d'application d'un texte pour son service, le chef de service doit prendre garde à se limiter à ce qui est strictement nécessaire au bon fonctionnement de l'administration. Il doit se limiter à de faibles sujétions qui ont trait à l'organisation, à la procédure, au fonctionnement de

l'administration, sans ajouter des conditions substantielles à l'application des textes.

Enfin, dans l'urgence, ce pouvoir d'organisation du service permet de prendre toute mesure permettant de garantir, temporairement, la continuité du service (CE, 19 novembre 2013, *Mme A...*, n° 353691, T.).

En matière de fonction publique, ce pouvoir est désormais fortement limité

Sous la Troisième République, le ministre disposait d'un large pouvoir pour réglementer la situation de ses agents au titre de l'organisation du service. Avec la création d'un statut général législatif précisé par des décrets statutaires, ce pouvoir s'est trouvé réduit à quelques îlots spécifiques. Le ministre ne peut plus édicter aucune règle à caractère statutaire.

Le ministre est également déchargé de la réglementation de la rémunération des fonctionnaires dont le traitement indiciaire est déterminé par décret et pour lesquels toute prime ou indemnité doit, en vertu de l'article 4 du décret n° 48-1108 du 10 juillet 1948 portant hiérarchie des grades, être également édictée par décret. En matière de primes et indemnités, c'est cependant le chef de service de l'agent qui fixera, sauf disposition contraire, le montant versé s'il est variable. Dans le prolongement de ce pouvoir, le Conseil d'Etat estime qu'il appartient, dans le silence des textes, au ministre de fixer les montants minimums ou maximums prévus par la réglementation (pour le cas du nouveau régime indemnitaire dit RIFSEEP, cf. CE, 9 novembre 2018, n° 412640, T.).

Il reste au chef de service la possibilité :

- de réglementer l'exercice du droit de grève dans les services relevant de son autorité (cf. la fiche n° 19 « Le droit de grève ») ;
- de fixer certaines mesures relatives aux emplois, par exemple pour l'application d'un statut d'emplois (CE, 21 mai 2014, *Union nationale des inspecteurs principaux*, n° 372995, T.) ou pour exiger une formation préalable avant l'affectation dans certaines fonctions (CE, 29 octobre 2001, *Association nationale française des infirmières et des infirmiers diplômés ou étudiants*, n° 210557, Rec.) ;

- de fixer les règles d'attribution des crédits attribués à l'aide sociale pour un ministère, à défaut d'autres dispositions applicables (CE, 6 décembre 2002, *M. X...*, n° 222816, T.) ;

- de régler les modalités d'organisation des concours lorsque les textes ne l'ont pas fait, par exemple en fixant une date limite des candidatures (CE, 28 janvier 2011, *M. B...*, n° 337260, T.).

Enfin, dans certains cas exceptionnels de vide juridique, le chef de service recouvre son plein pouvoir pour réglementer la situation des agents : le directeur général de l'office national des forêts a ainsi pu réglementer le compte-épargne temps de ses agents dès lors qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'était applicable à cet établissement public industriel et commercial (CE, 3 mars 2010, *Syndicat national des personnels administratifs de l'office national des forêts-FO*, n° 306702, T. ; pour le directeur d'un établissement n'entrant pas dans le champ de la législation sur le temps de travail pour les agents publics : CE, 22 octobre 2003, *École nationale supérieure des arts et industries textiles*, n° 243332, T. ; ou pour la faculté de l'ambassadeur de préciser les règles de recrutements d'agents par contrats de droit local : CE, 10 janvier 2007, *Syndicat national CGT du ministère des affaires étrangères*, n° 274873, T.). Ces situations demeurent cependant exceptionnelles.

A noter que, dans tous les cas, un acte réglementaire doit faire l'objet d'une publication appropriée, qui permet son entrée en vigueur et son opposabilité, en vertu des principes désormais codifiés à l'article L. 221- 2 du code des relations entre le public et l'administration.



FICHE N° 12 :

L'utilisation des circulaires et des lignes directrices

CE, Sect., 18 décembre 2002, Mme X..., n° 233618, Rec.



L'essentiel

Le juge distingue les circulaires à caractère impératif des autres. Les circulaires impératives peuvent constituer de véritables actes réglementaires, donner des instructions aux services pour l'accomplissement de leurs missions ou prescrire une certaine interprétation des textes législatifs et réglementaires applicables. Lorsqu'elle n'a pas de caractère impératif, la circulaire peut donner des orientations générales aux services, qui constituent une aide et un point de repère mais ne dispensent pas d'une analyse particulière de chacune des situations rencontrées.



Les mots du juge

« Considérant que l'interprétation que par voie, notamment, de circulaires ou d'instructions l'autorité administrative donne des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir lorsque, étant dénuée de caractère impératif, elle ne saurait, quel qu'en soit le bien-fondé, faire grief ; qu'en revanche, les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger ; que le recours formé à leur encontre doit être accueilli si ces dispositions fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence ou si, alors même qu'elles ont été compétemment prises, il est soutenu à bon droit qu'elles sont illégales pour d'autres motifs ; qu'il en va de même s'il est soutenu à bon droit que l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter, soit méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elle entendait expliciter, soit réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure »
(CE, Sect., 18 décembre 2002, Mme X..., n° 233618, Rec.)



Commentaire

La jurisprudence administrative distingue plusieurs catégories d'actes

Dans leur fonctionnement quotidien, les administrations s'appuient sur quantité de circulaires ou d'instructions auxquelles on se réfère pour traiter les différentes tâches du service. Ces circulaires ne sont généralement prévues par aucun texte mais elles se révèlent essentielles dans la vie des services. Le juge ne s'en tient jamais à la dénomination de ces actes mais procède éventuellement à leur requalification en fonction de leur portée exacte.

Face à un acte nommé circulaire ou instruction, le juge regardera d'abord s'il revêt une portée impérative ou non pour ses destinataires. Cette portée impérative doit être réelle et non simplement lexicale : il faut donc non seulement que la rédaction ne laisse pas de doute sur le fait que le contenu de la circulaire constitue un ordre,

mais également que l'auteur de la circulaire soit en capacité de donner de tels ordres à ceux à qui il s'adresse. La circulaire impérative ne peut donc s'adresser qu'aux agents sur lesquels l'auteur de la circulaire dispose d'un pouvoir hiérarchique (CE, 26 mai 2009, *Syndicat national des personnels techniques et de travaux de l'équipement de la confédération générale du travail*, n° 306757, T. ; CE, 30 janvier 2015, *Département des Hauts-de-Seine et autres*, n° 371415, T.).

Si la circulaire revêt un caractère impératif, il convient de distinguer deux cas :

- soit ces ordres ajoutent aux règles existantes : en ce cas, la circulaire constitue soit un ordre de service, c'est-à-dire



une *instruction* adressée à une ou plusieurs personnes particulières, soit un véritable acte réglementaire qui précise, pour le fonctionnement du service, l'application des lois et décrets, comme peut le faire à certaines conditions un chef de service (CE, Sect., 7 février 1936, *Sieur Jamart*, n° 43321, Rec.). L'auteur d'une telle circulaire doit alors vérifier s'il est bien compétent pour donner l'instruction en cause ou édicter de telles règles, dans le respect des dispositions législatives ou réglementaires applicables. Dans les deux cas, cette circulaire impérative peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir dans les conditions de droit commun, à moins qu'elle ne constitue une mesure d'ordre intérieur (ex. : CE, 7 novembre 1984, *Syndicat CGT-FO de l'aéroport de Paris*, n° 53193, T. ; cf. la fiche n° 93 « Les mesures d'ordre intérieur ») ou un acte préparatoire, c'est-à-dire un acte dont l'objet est de permettre l'adoption ultérieure d'un acte normatif (ex. : CE, 5 décembre 2018, n° 416487, T.) ;

- soit ces ordres n'ajoutent rien aux règles existantes : le chef de service, notamment le ministre, se contente de résumer, d'exposer, d'expliquer le sens à conférer à des dispositions législatives ou réglementaires en prescrivant à ses agents de les comprendre suivant une interprétation donnée. Cette circulaire, dite *interprétative*, ne constitue pas un acte réglementaire, puisqu'elle ne crée aucune règle nouvelle mais se contente de reformuler celles qui existent. Le juge refusait d'en connaître jusqu'en 2002, malgré leur grande importance pratique. Depuis la décision *Mme X...*, il admet que puissent faire l'objet de recours des circulaires interprétatives rédigées en des termes impératifs afin de vérifier que l'interprétation prescrite par le chef de service à ses agents ne méconnaît pas le sens et la portée des dispositions qu'elle entend expliciter ou que cette interprétation ne réitère pas une règle contraire à une norme juridique supérieure (CE, Sect., 18 décembre 2002, *Mme X...*, n° 233618, Rec.).

Lorsque la circulaire n'a pas un caractère impératif pour les personnes auxquelles elle s'adresse, elle n'est pas susceptible de recours pour excès de pouvoir. Ces actes peuvent toutefois correspondre à plusieurs qualifications juridiques :

- Soit il s'agit de simples « orientations générales » données aux services (v. par ex. CE, section, 4 février 2015, *Ministre de l'intérieur c/ M. B... A...*, n° 383267 383268, Rec.), expressions par laquelle la jurisprudence englobe les actes les plus divers dès lors qu'il s'agit d'indications du chef

de service aux agents dénuées de caractère impératif mais fournissant des points de repère. Dès lors que ces actes n'ont pas de caractère impératif, une décision administrative qui prétend se contenter d'appliquer une telle circulaire est entachée d'erreur de droit : la décision administrative doit être prise en application des seules lois et décrets et après une analyse propre à chaque situation. La circulaire ne constitue qu'une aide à la prise de décision.

- Soit il s'agit d'un cas particulier que la jurisprudence a d'abord nommé « directives » (Cf. CE, 11 décembre 1970, *Section, Crédit Foncier de France c/ Mlle X... et Mme Y...*, n° 78880, Rec.) et dénommé maintenant « lignes directrices » (CE, 19 septembre 2014, *M. A...*, n° 364385, Rec.) ces lignes directrices orientent l'usage par l'administration d'un pouvoir discrétionnaire, d'un pouvoir de choix dans la prise de décisions individuelles. Elles fixent, par exemple, des critères ou seuils permettant de déterminer la décision à prendre pour attribuer une subvention. Comme elles ne revêtent pas de caractère impératif, l'administration doit toujours se demander s'il n'y a pas lieu, au cas d'espèce, de déroger à l'application mécanique de ces critères ou seuils en considération de motifs d'intérêt général ou de circonstances propres à la situation particulière de l'intéressé. Si ces lignes directrices sont, en l'état de la jurisprudence, insusceptibles de recours pour excès de pouvoir, elles peuvent être invoquées devant le juge, à l'occasion d'un recours dirigé contre une décision en ayant fait application. L'administration doit alors expliquer pourquoi elle a choisi d'appliquer ou de s'écarter des critères posés par les lignes directrices ;

La publicité et l'opposabilité des circulaires et instructions ont progressivement été renforcées. L'article L. 312-2 du code des relations entre le public et l'administration dispose que les « circulaires ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives » doivent être publiées, selon les modalités précisées par ce code. L'article 7 du n° 2018-1047 du 28 novembre 2018 prévoit par ailleurs que les circulaires et instructions non publiées avant le 1^{er} mai 2019 sont réputées abrogées à cette date. Le Conseil d'Etat a jugé que ces obligations de publication et ce mécanisme d'abrogation ne concerne que les circulaires interprétant le droit ou les procédures administratives (CE, 24 juillet 2019, *Ligue des droits de l'homme*, n° 427638, T.).

En matière de fonction publique

Le droit de la fonction publique est l'un des domaines où l'usage des circulaires administratives est important.

Il s'agit d'abord de circulaires interprétatives, souvent à caractère impératif, par lesquelles les chefs de services synthétisent les textes applicables à certains actes de gestion.

Il s'agit ensuite de nombreuses instructions qui fixent, soit de façon générale, soit pour une année donnée, les modalités de déroulement de certaines opérations : recrutement, mouvement de mutation, évaluation professionnelle, détachement, etc. Ces instructions ont d'ailleurs souvent un caractère mixte : pour une part, elles se contentent de

résumer les dispositions applicables, pour une autre elles en prescrivent les modalités d'application dans le service.

Le rédacteur de telles instructions doit donc être attentif : sa compétence est étroite. En tant qu'il se contente, dans le respect des textes, de fixer certaines modalités pratiques, par exemple des dates limites pour certaines formalités, sa compétence n'est pas douteuse. En revanche, il n'est pas compétent pour ajouter des critères de fond : il ne peut jamais ajouter une règle qui aurait un caractère statutaire et le pouvoir réglementaire du chef de service, résiduel et subsidiaire, ne peut être exercé que s'il est « nécessaire au bon fonctionnement du service ». Ainsi, une circulaire qui prévoit un système de barème de points



pour la constitution de listes d'aptitude est illégale, un tel système revêtant un caractère statutaire (CE, 7 juin 2000, *Société des agrégés de l'université*, n° 188998, T.). Il en va de même d'une circulaire qui limite à cinq années certaines affectations (CE, 14 octobre 2011, *Syndicat national des enseignants de second degré*, n° 343396, T.).

Lorsqu'il entend détailler la façon dont la loi doit être appliquée à certains cas concrets, le rédacteur doit donc préciser qu'il se contente de donner des orientations générales et des exemples, sans caractère impératif, et que la décision doit être prise en fonction des caractéristiques de la situation particulière soumise à l'administration.

S'agissant des lignes directrices, une décision *Dame SI MOUSSA X...*, (CE, Sect., 4 novembre 1977, Rec.) a pu être interprétée comme empêchant l'édition de telles lignes directrices en matière de fonction publique : elle a annulé une décision mettant fin au détachement d'un agent sur le fondement d'une circulaire qui avait prévu que les détachements dureraient six ans, sauf dérogation accordée

par le ministre. Malgré cette faculté de dérogation, le Conseil d'État a regardé cette circulaire comme posant une véritable règle, à caractère statutaire. Il estime en effet que l'absence de limitation de durée des affectations est une garantie statutaire à laquelle il ne peut être dérogé que par décret (CE, 14 septembre 1979, *Fédération nationale des télécommunications*, n° 10987, T.) : l'édition d'un simple principe sous réserve de dérogation empiète alors sur le domaine statutaire. L'usage des lignes directrices est ainsi rendu plus délicat en matière de fonction publique : l'encadrement d'un pouvoir discrétionnaire par des orientations de gestion, même sous réserve d'un examen au cas par cas, peut se heurter au caractère statutaire de certaines formes d'encadrement de ce pouvoir. Il ne faut toutefois pas en déduire que cet instrument n'a pas sa place en cette matière. L'article 30 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a d'ailleurs récemment prévu le recours à des lignes directrices de gestion, édictées par chaque autorité compétente, pour fixer des orientations en matière de mobilité et en matière de promotion et de valorisation des parcours.



FICHE N° 13 :

Cadre juridique de la déconcentration de gestion

CE, Avis, Ass. générale, 7 juin 1990, n° 347712

CE, Avis, Sect. finances, 30 mai 1996, n° 358896



L'essentiel

Les pouvoirs de gestion des fonctionnaires affectés au sein des services déconcentrés de l'État doivent désormais, en principe, être dévolus aux autorités de gestion de ces services. Seuls certains actes de gestion continuent à relever de l'administration centrale lorsque cela apparaît préférable eu égard à la mission du corps, à son effectif restreint ou à la nature de certains actes de gestion. Lorsque ces pouvoirs sont délégués aux échelons déconcentrés, la délégation doit, sauf raisons particulières, s'appliquer à toutes les circonscriptions de gestion. Enfin, le principe d'égalité de traitement des agents d'un même corps implique que les actes de gestion pris à l'échelon local en fonction des mérites respectifs des agents affectés localement concernent un effectif suffisant de fonctionnaires.



Les mots du juge

« Le Conseil d'État estime, sous réserve de l'appréciation de la juridiction compétente, qu'il ne serait pas raisonnable de déconcentrer les actes impliquant une appréciation des mérites respectifs des agents d'un même corps lorsque l'effectif de ce corps au niveau local est inférieur à une cinquantaine d'agents »

(CE, Avis, Ass. générale, 7 juin 1990, n° 347712)

« Il résulte de [l'article 2 de la loi du 6 février 1992] ainsi que de celles des articles 1^{er} et 2 du décret du 1^{er} juillet 1992, que, dès lors que les pouvoirs de gestion des personnels des corps de fonctionnaires ne relèvent pas nécessairement du niveau central, ces pouvoirs doivent en principe être dévolus aux services déconcentrés. Toutefois, tout ou partie de ces pouvoirs peuvent être retenus au niveau des administrations centrales, eu égard notamment à la mission confiée aux corps concernés, à la situation de leurs effectifs et à la nature des actes de gestion en cause.

Pour chacun de ces actes, lorsque le gouvernement décide en application de ces principes de déléguer aux préfets ou aux autres autorités déconcentrées des pouvoirs de gestion des personnels, il paraît nécessaire, pour des raisons tenant au risque d'atteinte au principe d'égalité de traitement des agents d'un même corps, que la délégation concerne toutes les circonscriptions »

(CE, Avis, Sect. finances, 30 mai 1996, n° 358896)



Commentaire

Il est possible de déconcentrer la gestion des corps de fonctionnaires

Les fonctionnaires sont dans une situation unilatérale et statutaire et ne bénéficient donc pas, comme les salariés, d'un contrat qui ne peut être modifié sans leur assentiment. Cette absence d'individualisation des droits et garanties de chaque fonctionnaire, dont l'ensemble des prérogatives résulte du statut de son corps, induit également une gestion

collective de ces corps de fonctionnaires. La gestion d'un corps de fonctionnaire est soumise au respect du principe d'égalité. Le principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics, issu de l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, implique une égalité de traitement dans le recrutement des fonctionnaires



(cf. la fiche n° 10 « Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires »). À l'intérieur du corps, les fonctionnaires sont également traités en fonction de leurs seuls mérites pour le déroulement statutaire de leur carrière. Ce système se traduit par un avancement d'échelon principalement à l'ancienneté (avec des différences de rythme relativement faibles entre les membres du corps), un avancement de grade au mérite prononcé généralement selon des tableaux d'avancement, la publication des postes à pourvoir pour permettre à tous de candidater, etc.

Pendant longtemps, la gestion des corps de fonctionnaires a été assurée exclusivement par les ministres dont ils dépendaient ou les fonctionnaires d'administration auxquels ceux-ci déléguaient leur signature. Dans le silence d'un décret statutaire, la compétence pour prendre un acte de gestion appartient à l'autorité de recrutement, c'est-à-dire en principe au ministre dont relève le corps. Par un avis du 7 juin 1990, le Conseil d'État, dans sa mission de conseiller juridique du gouvernement, a cependant estimé qu'il était possible de déconcentrer les actes de gestion des fonctionnaires affectés dans les administrations locales pour les confier à ces administrations, en particulier aux préfets. Le Conseil d'État statuant au contentieux a confirmé que la déconcentration d'actes de gestion des personnels ne porte, par elle-même, pas atteinte au caractère national du statut d'un corps (CE, 7 juin 2000, Syndicats CNT des travailleurs de culture-santé-social-éducation du département des Yvelines, n° 202608, T.).

La loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République et le décret n° 92- 604 du

1^{er} juillet 1992 portant charte de la déconcentration ont ensuite posé comme règle que : « *La déconcentration est la règle générale de répartition des attributions et des moyens entre les différents échelons des administrations civiles de l'État* », inversant la pratique antérieure. Prenant acte de ces nouveaux principes, le Conseil d'État, dans un second avis, rendu le 30 mai 1996, a estimé que, désormais, il était non seulement possible de déconcentrer la gestion des fonctionnaires des administrations locales mais que cela doit même être le mode de gestion qui prévaut en principe.

Le décret du 1^{er} juillet 1992 est aujourd'hui remplacé par le décret n° 2015-510 du 7 mai 2015. Son article 12 prévoit que la déconcentration des actes de gestion des personnels doit en principe être définie par décret en Conseil d'État²¹. Cependant, en vertu du II de ce même article, les actes de gestion qui ne sont pas soumis à l'avis préalable de la commission administrative paritaire peuvent être déconcentrés par arrêté conjoint du ministre chargé de la fonction publique et du ou des ministres intéressés, dès lors que ces actes sont relatifs à la situation individuelle des agents publics relevant du périmètre des administrations civiles de l'État placées sous l'autorité du préfet de région. Dans ce cas, la décision du préfet doit être prise après avis du chef de service déconcentré sous l'autorité duquel exerce l'agent.

Juridiquement, la déconcentration correspond non à une délégation de signature mais à une délégation de pouvoir : le délégant ne peut plus exercer la compétence en parallèle de son délégataire, et le délégataire prend ces actes en son nom propre et non au nom du ministre.

Cette déconcentration est cependant soumise à certaines limites

La déconcentration de la gestion des fonctionnaires affectés dans les services déconcentrés de l'État est désormais la règle. Ce n'est que lorsque cela apparaît préférable, en raison des missions du corps, de ses effectifs ou des actes de gestion en cause, que l'on peut continuer de gérer tous les fonctionnaires d'un corps au niveau de l'administration centrale.

Le Conseil d'État a ainsi dégagé, en 1990, certaines limites encadrant la déconcentration et les a confirmées dans son avis de 1996. Il a estimé que le respect du principe d'égalité entre les fonctionnaires d'un même corps impliquait :

- d'une part, que, lorsqu'une décision de gestion est prise en comparant les mérites respectifs des agents, on soit en présence d'un effectif suffisant dépendant de l'autorité de gestion locale pour que cette comparaison ait du sens et soit juste vis-à-vis des autres circonscriptions. C'est notamment le cas pour les promotions de grade qui sont prononcées au mérite au profit de certains des agents qui en remplissent les conditions. Le Conseil d'État a estimé qu'il faut que l'effectif du corps au niveau local où il est géré soit supérieur à cinquante agents pour que ce type d'acte puisse être déconcentré (CE, Avis, Assemblée générale, 7 juin 1990, n° 347712). Sans retenir ce chiffre de cinquante, la section du contentieux du Conseil d'État a confirmé l'approche des sections consultatives du Conseil

d'État (CE, 17 décembre 1993, *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public*, n° 111629, T.);

- d'autre part, il ne faut pas, en principe, différencier le niveau de déconcentration des actes de gestion en fonction des circonscriptions territoriales, sauf si cela est nécessaire pour respecter le principe qui précède.

Dans son avis du 30 mai 1996, le Conseil d'État a également estimé que les règles posées par le décret n° 82- 451 du 28 mai 1982 relatif aux commissions administratives paritaires impliquaient qu'en cas de gestion déconcentrée, une telle commission soit créée auprès de chaque autorité de gestion locale pour la préparation des décisions relevant de cette autorité. Il a, par ailleurs, considéré qu'il est possible que les actes de gestion retenus par le ministre soient préparés par la commission paritaire locale, par exemple pour le pouvoir disciplinaire.

À l'intérieur de ce cadre juridique, la déconcentration de la gestion des fonctionnaires des administrations locales est désormais la règle. L'autorité de gestion déconcentrée n'est pas désignée par le décret statutaire, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une disposition de caractère statutaire mais d'organisation du service : il est préférable d'édicter des décrets distincts, de déconcentration de la gestion, généralement pris pour un ensemble de corps de fonctionnaires.

²¹ Le I de l'article 12 du décret n° 2015-510 du 7 mai 2015 portant charte de la déconcentration dispose que : « *Des décrets en Conseil d'État fixent, pour chaque ministère, après avis de la ou des instances consultatives représentatives des personnels compétentes, les délégations de pouvoirs accordées en matière de gestion des personnels exerçant leurs fonctions dans les services déconcentrés de l'État* ».



FICHE N° 14 :

Le retrait et l'abrogation d'un acte de gestion

CE, Ass., 26 octobre 2001, *M. Ternon*, n° 197178, Rec.
Art. L. 242-1 et L. 242-2 du CRPA



L'essentiel

L'administration peut, en principe, modifier et abroger ses décisions à tout moment. Toutefois, la plupart des décisions intéressant la carrière ou les avantages accordés aux fonctionnaires créent des droits à leur profit : ces décisions ne peuvent en principe être abrogées ou retirées qu'en cas d'illégalité et dans le délai de quatre mois qui suit leur édicition.



Les mots du juge et du législateur

« Considérant que, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision »

(CE, Ass., 26 octobre 2001, *M. Ternon*, n° 197178, Rec.)

« L'administration ne peut abroger ou retirer une décision créatrice de droits de sa propre initiative ou sur la demande d'un tiers que si elle est illégale et si l'abrogation ou le retrait intervient dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision »

(art. L. 242-1 du CRPA)

« Par dérogation à l'article L. 242-1, l'administration peut, sans condition de délai : 1° Abroger une décision créatrice de droits dont le maintien est subordonné à une condition qui n'est plus remplie ; 2° Retirer une décision attribuant une subvention lorsque les conditions mises à son octroi n'ont pas été respectées »

(art. L. 242-2 du CRPA)



Commentaire

La jurisprudence administrative distingue les actes créateurs de droit des actes non créateurs de droit

Tant qu'elle respecte la légalité, l'administration a, en principe, une grande marge de manœuvre pour prendre et modifier les décisions unilatérales par lesquelles elle exerce les pouvoirs qui lui sont confiés dans l'intérêt général. Elle peut ainsi à tout moment modifier ou abroger un acte réglementaire (CE, 25 juin 1954, *Syndicat national de la meunerie à seigle*, Rec. ; art. L. 243-1 du CRPA) ou changer l'affectation d'un fonctionnaire, sur demande ou d'office (cf. la fiche n° 49 « La mutation et les conséquences sur la situation individuelle »).

Ce pouvoir de modification n'est pas sans inconvénient pour les agents et les usagers. Le juge administratif distingue donc parmi les actes de l'administration ceux qui sont

« créateurs de droit » des autres. Lorsque l'acte est créateur de droit, ces droits sont susceptibles d'être acquis : au bout d'un certain temps, ils ne pourront plus être remis en cause. Au contraire, si l'acte est non créateur de droit, il pourra plus largement être remis en cause par l'administration, à certaines conditions désormais précisées par le code des relations entre le public et l'administration (CRPA).

Par sa décision d'assemblée *M. X...*, du 26 octobre 2001 (n° 197178, Rec. ; v. aussi, s'agissant de l'abrogation, CE, Section, 6 mars 2009, *M. Abou A...*, n° 306084, Rec.), le Conseil d'État avait adapté son ancienne jurisprudence de 1922 *Dame Cachet* (CE, 3 novembre 1922, n° 74010, Rec.) en jugeant que l'administration ne peut plus modifier une



décision créatrice de droits légale et qu'elle n'a que quatre mois pour retirer²² ou abroger²³ une décision créatrice de droits illégale (pour la remplacer ou non par une autre décision). Ce délai court à compter de la signature de la décision par l'administration et non de sa notification à l'intéressé (CE, sect., 21 décembre 2007, *Société Bretim*, n° 385515, Rec.). Passé ce délai, seule une annulation par le juge, saisi dans le délai de recours contentieux par un tiers, est susceptible de remettre en cause un acte créateur de droit.

Le code des relations entre le public et l'administration est venu codifier, préciser et généraliser cette jurisprudence aux articles L. 242-1 et L. 242-2 cités ci-dessus²⁴.

Lorsque l'administration retire illégalement un acte créateur de droit et que ce retrait est annulé par le juge, elle ne dispose pas d'un nouveau délai de quatre mois pour retirer l'acte. En revanche, lorsque l'acte avait été retiré avant l'expiration du délai de recours contentieux (qui est en principe de deux mois) les tiers disposent d'un nouveau délai de recours pour l'attaquer, ce délai ne courant qu'à compter du jour où une publicité adéquate de ce rétablissement de l'acte initial a été assurée (CE, Avis, 26 juillet 2018, *M. « A... B... » CE*, 6e et 5e ch. réunies, 26 juill. 2018, n° 419204, *Lebon*. Lire en ligne : <https://www.doctrine.fr/d/CE/2018/CEW:FR:CECHR:2018:419204.20180726>, n° 419204, Rec.). Il convient d'être attentif à ce qu'une décision d'abrogation ou de retrait d'un acte créateur de droits ne peut intervenir qu'après respect des droits de la défense, en application de l'article L. 121-1 du CRPA. De nombreuses décisions de retrait sont annulées faute d'échange contradictoire préalable avec l'intéressé, ce qui ferme ensuite à l'administration toute possibilité de retrait, y compris si la décision était bien illégale. Une décision d'abrogation ou de retrait d'un acte créateur de droits doit également être motivée (art. L. 211-2 du CRPA).

Ce délai de quatre mois ne peut être dépassé que dans quatre hypothèses :

- En premier lieu, *lorsqu'il y a eu fraude* (art. L. 241-2 du CRPA) : dans cette hypothèse, l'acte peut être retiré ou abrogé à tout moment ;
- En second lieu, un acte peut être créateur de droit tout en étant subordonné au maintien d'une condition (1^o, art. L. 242-2 du CRPA). Par exemple, l'attribution de la nouvelle bonification indiciaire liée à certaines fonctions, dont le maintien est subordonné à l'exercice de ces fonctions). Tout en étant créateur de droit, l'acte peut être abrogé lorsque la condition n'est plus remplie. Il ne peut en revanche pas être retiré après le délai de quatre mois,

La plupart des actes de carrière ou accordant des avantages aux fonctionnaires sont des actes créateurs de droit

Les décisions suivantes sont créatrices de droits, ce qui signifie que, si elle commet une erreur, l'autorité de gestion

même s'il est illégal. Il faut prendre garde que tous les actes ayant des effets prolongés dans le temps ne sont pas de cette nature : un classement indiciaire irrégulier, qui produit des effets sur le traitement pendant toute la durée où l'agent reste dans l'échelon correspondant et qui se répercute sur tous les classements statutaires postérieurs, ne peut plus être retiré après quatre mois. Ces règles doivent, par ailleurs, se combiner avec les règles spéciales de répétition de l'indu en matière de rémunération des agents publics (cf. la fiche n° 66 « Retrait et abrogation d'une décision pécuniaire ») ;

- Par ailleurs, ce délai de quatre mois ne concerne que le retrait ou l'abrogation à l'initiative de l'administration ou de tiers. Le bénéficiaire de la décision peut toujours demander la remise en cause d'une décision créatrice de droit pour qu'une autre plus favorable lui soit substituée (CE, 29 octobre 2003, *Mme Meyer*, n° 241235, T. ; codifié à l'art. L. 242-4 du CRPA). L'administration peut faire droit à cette demande si elle n'est pas susceptible de porter atteinte aux droits de tiers.

- Enfin, il existe des hypothèses où l'intervention du juge va conduire l'administration à pouvoir retirer des actes plus de quatre mois après leur signature. Il en va notamment ainsi lorsque l'intervention du juge des référés conduit l'administration à prendre des mesures provisoires. Si le jugement au fond dément ce qu'avait estimé le juge des référés, l'administration peut, dans certaines conditions, retirer ou abroger les actes qu'elle avait pris à la suite du référé dans les quatre mois suivant la notification à l'administration du jugement. Il en va ainsi, par exemple, lorsque le juge des référés suspend une révocation ou un licenciement, ce qui conduit à l'administration à réintégrer provisoirement l'agent. Si le juge du fond valide finalement la mesure d'éviction du service, l'administration est en droit de retirer la décision de réintégration et tous ses actes d'application dans un délai de quatre mois à compter de la notification du jugement, à l'exception de celles qui tirent la conséquence du service accompli par l'agent (CE, 23 mai 2018, *Ministre de l'intérieur c/ M. X...*, n° 416313, T.).

Lorsque pour soustraire au juge une décision soumise à son contrôle, l'administration retire la décision attaquée et prend concomitamment une nouvelle décision de même portée, le juge ne peut plus se prononcer sur la légalité de la première décision dès lors qu'elle a disparu rétroactivement de l'ordonnement juridique, mais il se considère saisi de la nouvelle décision sans que le requérant ait à introduire une nouvelle requête (CE, 15 octobre 2018, n° 414375, T.).

ne peut remettre en cause sa décision que dans les conditions prévues par les articles L. 242-1 et L. 242-2 du CRPA :

²² Le retrait consiste à faire disparaître rétroactivement un acte de l'ordonnement juridique. Il produit donc des effets identiques à une annulation prononcée par le juge, la seule différence étant que le retrait résulte du fait de l'administration.

²³ L'abrogation consiste à faire disparaître pour l'avenir un acte de l'ordonnement juridique.

²⁴ Ces règles ne valent que sous réserve de régimes législatifs particuliers. Ainsi, le Conseil d'État a jugé que le retrait de la nomination irrégulière d'un magistrat est impossible, y compris dans le délai de quatre mois, du fait du régime particulier de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant statut de la magistrature (CE, Sect., 1^{er} octobre 2010, *Mme A...*, n° 311938, Rec.).



- l'inscription sur la liste des candidats pouvant participer à un examen professionnel²⁵ (CE, 16 mars 1977, *Dame Schild*, n° 99859, T. ; CE, 17 décembre 2008, *M. X...*, n° 290494, T.) ;
- l'arrêté plaçant un agent en congé pour accident de service (CE, ass., 26 octobre 2001, *M. X...*, n° 197178, Rec. ; CE, 23 juillet 2014, *M. A...*, n° 371460, T.) ;
- un avancement d'échelon (CE, 7 janvier 2013, *M. A...e*, n° 342062, T.), une promotion de grade (CE, 7 août 2008, *Mme A...*, n° 287581, T.), l'admission comme stagiaire dans un corps ou la titularisation dans ce corps ;
- la décision de l'autorité du corps d'accueil d'un fonctionnaire détaché de solliciter le renouvellement du détachement de ce fonctionnaire (CE, 16 avril 2010, *M. A...*, n° 304872, T.) ;
- toutes les décisions accordant des avantages financiers (CE, Sect., 12 octobre 2009, *M. A...*, n° 310300, Rec. ; CE, 13 décembre 2017, *Centre communal d'action sociale d'Aimargues*, n° 393466) ;
- l'octroi de la protection fonctionnelle à un fonctionnaire (CE, 22 janvier 2007, *Ministre des affaires étrangères c/ M. A...*, n° 385710, T.).

Le cas des décisions de nomination à certaines fonctions, dans le corps d'origine ou par détachement, est particulier. Une décision informant un fonctionnaire de sa prochaine affectation n'est, en principe, pas créatrice

Il faut cependant être attentif à la portée des droits créés

Lorsqu'une décision résulte d'une pure erreur matérielle, elle peut, dans certains cas extrêmes, être dépourvue de toute existence légale. Dans un tel cas, elle ne crée évidemment aucun droit (pour un avancement d'échelon : CE, 28 décembre 2005, *M. A...*, n° 279432, T.). Cette jurisprudence est toutefois restrictive, des irrégularités grossières ne rendant pas un acte inexistant (CE, 11 août 2009, *Mme A...*, n° 303711, T.).

Surtout, certains actes ne peuvent créer de droits qu'à l'égard des fonctionnaires ou des fonctionnaires d'une des trois fonctions publiques. Ainsi, le fait qu'un fonctionnaire du département candidate et obtienne par erreur d'être inscrit par le préfet sur la liste des fonctionnaires de l'État admis à un stage de formation professionnelle, pendant lequel les intéressés restent titulaires de leur poste et conservent leur traitement, ne crée aucun droit au profit de ce fonctionnaire du département (CE, 19 novembre 1975, *Dame X...y*, n° 93557, T.).

de droits (CE, 18 mai 1984, *M. X...y*, n° 33342, Rec. ; CE, 30 septembre 1994, *M. X...*, n° 146476, Rec.). Lorsque les fonctions confiées sont révocables à tout moment, y compris lorsqu'il ne s'agit pas d'un emploi à la discrétion du gouvernement (CE, 14 mai 1986, *Syndicat national des cadres hospitaliers CGT-FO et M. Maurice Y...*, n° 60852, Rec. ; CE, 23 avril 2009, *M. A...*, n° 316862, Rec.), la décision de nomination n'est pas créatrice de droits (CE, 14 mai 2014, *M. A...* n° 363529, T. ; CE, 23 avril 2009, *M. A...*, n° 316862, Rec.). Cela a pour principale conséquence que la décision mettant fin à cette affectation dans l'intérêt du service n'a pas à être motivée.

Ce n'est que lorsque la nomination est prévue pour une certaine durée ou avec une certaine stabilité que la décision est créatrice de droits. Elle peut néanmoins être abrogée à tout moment dans l'intérêt du service ; l'abrogation doit cependant, du fait de ce caractère créateur de droit, être motivée (*cf* pour la décision mettant fin à un détachement avant le terme prévu, CE, 7 juin 1985, *M. X...*, n° 46091, T. ; pour la décision mettant fin à une affectation prononcée avant son terme au titre de la mobilité statutaire, CE, 4 mars 2009, *M. A...*, n° 311122, T.). La jurisprudence n'est pas parfaitement prévisible, certaines nominations prononcées sans durée particulière ayant été considérées comme créatrices de droit (CE, 20 octobre 2000, *Mme X...*, n° 201061, T.). Lorsque la nomination est créatrice de droits, ces droits sont créés dès la signature de la décision, en vertu d'une jurisprudence plus générale sur les nominations (CE, sect., 24 février 1967, *M. de X...*, n° 66245, Rec.).

Il est également important de bien mesurer la portée des droits : la décision décidant d'un taux de prime donne droit à ce taux pour la période considérée mais pas à son maintien pour l'avenir (CE, 19 décembre 1980, *Sieur X...et autres*, n° 11538, T.). Un fonctionnaire qui réussit un concours a, sous réserve de remplir les conditions légales, un droit à être nommé stagiaire dans le corps et à commencer à effectuer le stage (un renvoi devant être motivé par une inaptitude démontrée), mais n'a pas de droit à être titularisé (CE, 11 décembre 2006, *Mme A...*, n° 284746, T.). Lorsqu'un fonctionnaire bénéficie d'un avancement de grade, cette promotion doit être conditionnée à l'acceptation de l'emploi qui peut, le cas échéant, lui être assigné dans son nouveau grade (art. 58 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984) et son refus peut entraîner le retrait du tableau d'avancement de la promotion de grade, pourtant créateur de droit (CE, 27 juillet 1990, *M. X...*, n° 86897, T.).



²⁵ Pour les concours de recrutement des fonctionnaires, des dispositions législatives spécifiques organisent la vérification des conditions de participation au concours.

FICHE N° 15 :

Le principe de non rétroactivité des actes de gestion et ses exceptions

CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, n° 94511, Rec.

CE, 5 janvier 1977, *Secrétaire d'État aux postes et télécommunications c/ Dlle X...* n° 97373, T.



L'essentiel

Les décisions de l'administration ne peuvent pas, en principe, avoir de caractère rétroactif : elles ne peuvent disposer qu'à compter de leur entrée en vigueur. Cependant, ce principe connaît des exceptions lorsqu'une disposition législative ou un principe de niveau législatif implique une telle rétroactivité. Ces exceptions trouvent souvent à s'appliquer en matière de fonction publique, même si elles doivent être maniées avec circonspection.



Les mots du juge

« Les règlements ne disposent que pour l'avenir »

(CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, n° 94511, Rec.)

« Lorsque [un fonctionnaire en congé de longue durée] n'a pas présenté une demande de réintégration ou de prolongation de congé en temps utile et que les procédures d'examen médical se sont trouvées retardées, la décision prolongeant son congé n'intervient que postérieurement à l'expiration de celui-ci. Dans ce cas, l'administration, tenue d'assurer le déroulement continu de la carrière du fonctionnaire en plaçant ce dernier dans une position régulière, est nécessairement conduite à faire remonter les effets de la prolongation de congé qu'elle accorde à la date d'expiration de celui-ci »

(CE, 5 janvier 1977, *Secrétaire d'État aux postes et télécommunications c/ Dlle X...*, n° 97373, T.)



Commentaire

Les actes administratifs ne peuvent pas, en principe, être rétroactifs

L'administration prend, en vertu de ses prérogatives de puissance publique, des actes unilatéraux qui s'imposent aux administrés. En contrepartie, ces actes sont encadrés par des règles de compétence, de procédure et de fond. La plupart de ces règles résultent de textes qui s'imposent à l'administration (Constitution, conventions internationales, lois) ou de règlements administratifs qu'elle a elle-même édictés. Quelques-unes d'entre elles sont non écrites ; elles s'imposent tant qu'une loi ou une norme supérieure ne les écarte pas. La jurisprudence les a nommées « principes généraux du droit ». Parmi ces principes, il en est un particulièrement important pour l'action administrative : le principe de non rétroactivité des actes administratifs, tant réglementaires (CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore »*, n° 94511, Rec.) qu'individuels (CE, 25 février 1949, *Sieur Roncin*, n° 71508, Rec.).

La loi peut avoir un caractère rétroactif (sauf en matière pénale), même si le Conseil constitutionnel contrôle l'usage de cette faculté par le législateur : la rétroactivité doit être justifiée par un motif d'intérêt général suffisant. A l'inverse, les actes de l'administration, réglementaires ou individuels ne le peuvent pas : ils ne s'appliquent qu'à compter de leur date d'entrée en vigueur. En principe, un règlement n'est opposable et ne peut s'appliquer qu'à compter du jour qui suit sa publication, assurée par des modalités adéquates, et une décision individuelle qu'à compter de sa notification. Il n'en va autrement que si une loi, un traité ou la jurisprudence l'a autorisé. Cette dérogation peut être précisément prévue par un texte mais il arrive également que le juge déduise d'un principe législatif ou de l'économie de la loi la nécessité pour l'administration de prendre un acte rétroactif. En particulier, lorsqu'un acte non rétroactif créerait un



vide juridique au regard du système créé par la loi, le juge autorise, à titre exceptionnel, la rétroactivité d'un acte administratif. L'administration peut également,

dans certaines conditions, retirer rétroactivement une décision administrative (cf. la fiche n° 14 « Le retrait et l'abrogation d'un acte de gestion »).

En matière de fonction publique, le principe de continuité de la carrière autorise à régulariser rétroactivement la situation d'un fonctionnaire

Le législateur a créé une fonction publique de carrière : une fois titularisé, le fonctionnaire a le droit d'effectuer dans l'administration une carrière continue et conforme à son statut tant qu'il n'est pas radié des cadres. Cette exigence législative autorise les autorités de gestion à prendre, en matière de fonction publique, des actes rétroactifs lorsque cela est nécessaire pour garantir la continuité de la carrière d'un fonctionnaire (CE, 5 janvier 1977, *Secrétaire d'État aux postes et télécommunications c/ Dlle X...*, n° 97373, T. ; CE, 23 mai 1980, *Ministre de l'intérieur et ministre de la santé c/ M. X... et autre*, n° 2347, Rec.).

Les cas les plus fréquents concernent les actes plaçant un fonctionnaire dans l'une des diverses positions statutaires, les actes de classement et les congés. Ainsi :

- dès lors qu'un fonctionnaire a été nommé dans un corps, il doit bénéficier d'un classement à un échelon de son nouveau grade à compter de cette date ; si ce classement n'intervient que postérieurement, il doit être prononcé à titre rétroactif (CE, 19 mars 1975, *Sieur X...*, T.) ;

- si un fonctionnaire a déjà été nommé dans un emploi correspondant à un autre corps que le sien, et l'exerce effectivement, il doit être placé rétroactivement en position de détachement ou de mise à disposition (CE, 23 mai 1980, *Ministre de l'intérieur et ministre de la santé c/ M. X... et autre*, n° 2347, Rec.) ;

- en matière de congé de maladie, la rétroactivité s'avère presque inévitable du fait du délai d'instruction de certaines décisions. Cela crée des difficultés récurrentes qui sont traitées par la jurisprudence. Il est fréquent de prononcer d'abord un classement en congé de maladie ordinaire et, s'il se révèle ensuite que l'affection ouvre droit à un congé de longue maladie, celui-ci est prononcé à partir de la date à laquelle on peut estimer que le régime de ce congé devait commencer à s'appliquer. Cela peut conduire à rétroactivement requalifier tout ou partie du congé de maladie ordinaire en congé de longue maladie. De même, lorsque les investigations et l'examen par la commission de réforme ont permis de conclure à l'imputabilité au service de l'accident ou de la maladie, le congé est rétroactivement prononcé en lien avec le service. De même encore, lorsque les procédures et examens médicaux n'ont pas été effectués à temps pour pouvoir prendre la décision de prolongation d'un congé de maladie ou de reprise du service avant l'expiration de la précédente période de congé, la prolongation peut être prononcée rétroactivement lorsque cette décision est prise pour garantir la continuité de la carrière (CE, 5 janvier 1977, *Secrétaire d'État aux postes et télécommunications c/ Dlle X...*, n° 97373, T.) ;

- une admission à la retraite tirant les conséquences de l'intervention d'une limite d'âge peut être prononcée à titre rétroactif alors qu'en principe c'est impossible (CE, 6 mai 2019, *Mme B...A...*, n° 418482, T.).

Il s'agit donc le plus souvent d'actes qui s'apparentent à une régularisation de la situation du fonctionnaire. Plutôt que de considérer que la nomination sans détachement est illégale sans régularisation possible, le juge accepte que l'administration prononce le détachement rétroactivement. Il ne faut pas abuser de ce qui constitue surtout une souplesse de gestion, assise sur le principe de continuité de la carrière.

L'administration est également autorisée à prendre des actes rétroactifs lorsque cela est nécessaire à l'exécution d'une décision de justice ayant annulé rétroactivement un acte administratif. En particulier, lorsque le juge annule une décision de licenciement ou de révocation d'un fonctionnaire, ce fonctionnaire doit non seulement être réintégré dans son corps et toucher, à titre d'indemnité, les sommes qu'il aurait perçues s'il n'avait pas été illégalement évincé du service, mais l'administration doit aussi rétroactivement reconstituer sa carrière en prononçant les différents avancements d'échelons, voire de grades, auquel l'intéressé aurait pu prétendre (CE, 26 décembre 1925, *Sieur Rodière*, n° 88369, Rec.).

Enfin, dans certains cas exceptionnels, le Conseil d'État a admis que l'administration prenne un acte réglementaire de façon rétroactive pour combler un vide juridique. Ainsi, dans un cas où des professeurs avaient été nommés sans qu'ait été pris le règlement définissant leurs obligations de service, il a admis qu'un règlement vienne rétroactivement apporter les précisions indispensables au calcul de la rémunération des intéressés (CE, 7 février 1979, *Association des professeurs agrégés des disciplines artistiques*, n° 08003, Rec.).

En revanche, « en l'absence d'obligation de reconstitution de carrière découlant soit d'une décision de justice, soit d'une disposition législative, soit encore de l'obligation d'assurer au fonctionnaire le déroulement continu de sa carrière, le caractère rétroactif [d'une nomination] (...) est illégal ». La rétroactivité n'est légale que si elle vient tirer les conséquences d'une situation de fait antérieure qui s'impose à l'administration ou d'un autre acte de gestion qui, lui, n'a pas été prononcé de façon rétroactive. Ainsi :

- une nomination dans un emploi ne peut, en principe, pas intervenir de façon rétroactive (CE, 13 mai 1988, *M. X...*, n° 70873, T.) ;

- symétriquement, un décret mettant fin à des fonctions de façon rétroactive est illégal (CE, 10 février 1965, *Sieur Pontillon*, n° 62588, Rec.) ;

- une promotion de grade ne peut normalement pas être prononcée à titre rétroactif (CE, 8 avril 2009, *M. D...*, n° 297851, Inédit) ;

L'annulation d'un acte de gestion pour excès de pouvoir par le juge n'autorise par ailleurs la rétroactivité que pour



garantir la continuité de la carrière : ainsi, une mutation ne peut intervenir rétroactivement à la date à laquelle une première décision de mutation a été prononcée puis annulée par le juge (CE, 29 octobre 2012, *Commune de Cabriès*, n° 348341, T.) ; il en va de même lorsque

l'administration reprend une mesure radiant des cadres un fonctionnaire après l'annulation au contentieux d'une mesure identique : elle ne peut produire d'effet à une date antérieure à celle de sa notification (CE, Sect., 27 mai 1977, *Sieur Z...*, n° 93920, Rec.).



FICHE N° 16 :

Le principe de la sécurité juridique

CE, 25 juin 2007, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*, n° 304888, Rec.



L'essentiel

L'administration doit respecter le principe de sécurité juridique. Celui-ci implique notamment que, lorsqu'elle change les règles applicables à la fonction publique, l'administration prévoit une entrée en vigueur différée ou une période transitoire si cette modification porte à des intérêts publics ou privés une atteinte excessive au regard de l'objectif poursuivi.



Les mots du juge

« Considérant qu'en ne prévoyant pas le report, d'une année à tout le moins, de l'entrée en vigueur [d'arrêtés modifiant substantiellement les épreuves d'un concours de recrutement], afin de permettre aux candidats de disposer d'un délai raisonnable pour s'y adapter, le ministre des affaires étrangères a méconnu le principe de sécurité juridique »

(CE, 25 juin 2007, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*, n° 304888, Rec.)



Commentaire

La sécurité juridique est une notion complexe aux exigences multiples

La sécurité juridique est une notion complexe. De façon générale, elle vise à ce que chacun sache ce qu'est le droit qui est applicable à sa situation. Cet objectif se décline en une série d'exigences distinctes.

D'une part, le droit doit être clair et intelligible pour qu'on puisse le connaître et comprendre comment il s'applique à sa situation personnelle.

D'autre part, il doit également avoir une certaine stabilité ou n'évoluer que de façon à ne pas surprendre et gêner excessivement les sujets de droit. Ainsi, la sécurité juridique exige :

- que le droit existant ne puisse être remis en cause que de façon limitée : le retrait d'une décision administrative créatrice de droits est encadré par des règles strictes et les recours juridictionnels sont soumis à des règles de délai et de prescription des droits. Le Conseil d'État a d'ailleurs récemment affirmé que, même lorsque les délais de recours ne sont pas opposables et qu'aucun délai de prescription ne s'applique, un recours tendant à remettre en cause une décision administrative individuelle doit être exercé dans un délai raisonnable, qui est en principe, pour une décision expresse, d'un an à compter du moment où il est établi que le requérant en a eu connaissance

(CE, Ass., 13 juillet 2016, *M. B...*, n° 387763, Rec.). Cette limitation du recours est très importante, notamment en matière de fonction publique : elle borne le recours chaque fois que la notification s'est faite sans mention des voies et délais de recours, ce qui rend le délai de recours inopposable, ou que la preuve de la notification a été égarée ou n'est plus conservée ;

- pour l'avenir, en revanche, nul n'a le droit au maintien d'une réglementation : l'autorité compétente peut toujours changer la règle applicable. Cependant, le juge administratif estime qu'il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique une réglementation nouvelle lorsque les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont été légalement nouées (CE, 23 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young Audit et autres*, n° 288460, Rec.) ou à d'autres intérêts publics ou privés en cause (CE, Sect., 13 décembre 2006, *Mme A...B...*, n° 287845, Rec.). Ainsi, le pouvoir réglementaire peut toujours changer une règle mais lorsque ce changement est manifestement trop brutal au regard de l'objectif poursuivi, il doit adopter une attitude souple et prévoir une entrée en vigueur différée ou un régime transitoire.



En matière de fonction publique, cette exigence impose de prévoir, dans certains cas, des mesures transitoires lorsque la réglementation change

Le Conseil d'État a appliqué ces principes en matière de fonction publique. Il a ainsi estimé qu'il était contraire à la sécurité juridique de modifier substantiellement les épreuves d'un concours de recrutement de fonctionnaires du Quai d'Orsay, moins d'un an avant le concours, alors que ce concours nécessitait une préparation longue et spécifique. Dans la mesure où rien n'exigeait que cette modification, dont l'opportunité n'était pas contestée, entrât en vigueur immédiatement, le Conseil d'État a exigé que l'entrée en vigueur du nouveau règlement soit différée dans le temps (CE, 25 juin 2007, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*, n° 304888, Rec.). À l'inverse, s'agissant de la modification du concours d'entrée dans les écoles normales supérieures d'Ulm et de Fontenay-Saint-Cloud, il a estimé que le délai d'un an prévu entre la publication d'arrêtés modifiant les épreuves écrites de composition française et la date des prochaines épreuves écrites régies par ces nouvelles règles permettait aux candidats et aux enseignants de s'adapter à ces modifications : le principe de sécurité juridique était donc respecté (CE, 3 octobre 2011, *M. X...et autres*, n° 329233, T.).

De même, le Conseil d'État a jugé conforme au principe de sécurité juridique un décret plafonnant le nombre de jours susceptibles d'être inscrit par un agent sur son compte-épargne-temps en relevant que des mesures

transitoires avaient été prévues pour permettre le maintien de l'intégralité des jours déjà inscrits sur le compte jusqu'à une certaine date (CE, 11 octobre 2010, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères et autres*, n° 322980, T.).

Lorsque la nouvelle règle nécessite un temps d'adaptation, une période transitoire est particulièrement nécessaire lorsque la méconnaissance de la règle peut faire l'objet d'une sanction (pour un exemple récent : CE, 8 juillet 2016, *Fédération des promoteurs immobiliers*, n° 389745, T.).

En revanche, le Conseil d'État a précisé que le principe de sécurité juridique ne pouvait justifier un dépassement du délai de transposition d'une directive européenne, sauf motif impérieux exigeant un report de l'application de la nouvelle règle au-delà de la limite de transposition. S'agissant d'un décret étant intervenu après la date limite de transposition d'une directive pour instituer une durée maximale hebdomadaire au temps de travail effectif des sapeurs-pompiers professionnels logés, le Conseil d'État a estimé qu'il devait, du fait de l'expiration de la limite de transposition, entrer en vigueur immédiatement et a donc annulé la disposition qui en repoussait l'entrée en vigueur (CE, 3 novembre 2014, *Fédération autonome des sapeurs-pompiers professionnels*, n° 375534, T.).



FICHE N° 17 :

Les droits de l'organisation syndicale

CE, 23 juillet 2014, *Syndicat national des collèges et des lycées et autres*, n° 358349, T.
 CE, 26 septembre 2014, *Syndicat national des collèges et des lycées*, n° 361293, T.



L'essentiel

L'article 8 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 garantit aux fonctionnaires l'exercice du droit syndical. Les principes de liberté syndicale et de non-discrimination entre organisations syndicales légalement constituées font obstacle à ce que soient réservés aux seules organisations syndicales représentatives les moyens destinés à faciliter l'exercice du droit syndical au sein de l'administration, si ceux-ci ne sont pas limités en raison de contraintes particulières ou des nécessités du service.



Les mots du juge

« En précisant, d'une part, les critères permettant de déterminer les organisations syndicales appelées à bénéficier de la mise à disposition d'un local et de la faculté de tenir des réunions mensuelles d'information durant les heures de service et, d'autre part, les critères de répartition entre organisations syndicales du contingent global de crédit de temps syndical, le pouvoir réglementaire s'est borné à déterminer les conditions d'attribution de certaines facilités d'exercice des droits syndicaux, réservées en tout ou partie, compte tenu soit des nécessités du service, soit de l'objet même de ces facilités, aux organisations syndicales les plus représentatives au sens de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, et n'a ni défini lui-même de façon générale les critères de représentativité des organisations syndicales, ni porté à l'exercice du droit syndical une restriction qui relèverait de la loi. Il n'a, par suite, pas empiété sur la compétence réservée au législateur par la Constitution »

(CE, 23 juillet 2014, *Syndicat national des collèges et des lycées et autres*, n° 358349, T.)

« Considérant que les principes de liberté syndicale et de non-discrimination entre organisations syndicales légalement constituées font obstacle à ce que soient réservés aux seules organisations syndicales représentatives les moyens destinés à faciliter l'exercice du droit syndical au sein de l'administration si ceux-ci ne sont pas limités en raison de contraintes particulières ou des nécessités du service »

(CE, 26 septembre 2014, *Syndicat national des collèges et des lycées*, n° 361293, T.)



Commentaire

L'article 8 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 garantit le droit syndical aux fonctionnaires. Pour que ce droit soit effectif, les organisations syndicales doivent disposer des moyens qui leur permettent d'exercer leur activité : le refus de l'administration de fournir à une organisation syndicale les moyens de son action est constitutif d'une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté syndicale, qui peut donc justifier une intervention du juge administratif en référé, sur le fondement de l'article L.

521-2 du CJA relatif au référé- liberté (CE, 29 septembre 2008, *Syndicat autonome départemental des fonctionnaires territoriaux des Pyrénées orientales*, n° 315909, Inédit). Les conditions d'attribution de ces moyens sont fixées par la loi pour les fonctions publiques territoriale (art. 100 et 100-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984) et hospitalière (art. 96 et 98 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986), précisées par décret en Conseil d'État¹, ainsi que par le décret n° 82-447 du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du

¹ Cf. le décret n° 85-397 du 3 avril 1985 modifié relatif à l'exercice du droit syndical dans la fonction publique territoriale et le décret n° 86-660 du 19 mars 1986 modifié relatif à l'exercice du droit syndical dans les établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.



droit syndical dans la fonction publique pour la fonction publique d'État.

Dans ses dispositions issues du décret n° 2012-224 du 16 février 2012, le décret du 28 mai 1982 précité réserve aux organisations représentatives le bénéfice d'un local et la possibilité d'organiser des réunions pendant les heures de service. Le même décret du 16 février 2012 prévoit en outre les conditions d'utilisation des technologies de l'information et de la communication au sein des services par les organisations syndicales, dont les modalités sont fixées par arrêtés.

Les recours formés contre ce décret d'une part et une circulaire du ministre de l'éducation nationale d'autre part, ont donné au Conseil d'État l'occasion de préciser les modalités de répartition des moyens permettant aux organisations syndicales d'exercer effectivement leurs activités. Les deux décisions (CE, 23 juillet 2014, *Syndicat national des collèges et des lycées et autres*, n° 358349, T. et CE, 26 septembre 2014, *Syndicat national des collèges et des lycées*, n° 361293, T.) se fondent sur les principes constitutionnels (6^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946) et conventionnels (paragraphe 1^{er} de l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) de liberté syndicale et de non-discrimination entre organisations syndicales légalement constituées, dont elles explicitent la

portée. En vertu de ces principes en effet, seule une limitation inhérente à certains moyens, en raison de contraintes particulières ou des nécessités du service, peut justifier qu'ils ne soient pas mis à disposition de l'ensemble des organisations syndicales légalement constituées.

La décision du 23 juillet 2014 justifie pour ce motif que la mise à disposition de locaux et la possibilité d'organiser des réunions pendant les heures de service soient réservées aux organisations représentatives. Les locaux et les heures de travail sont en effet des ressources dont la rareté caractérise une contrainte particulière, justifiant qu'elles ne soient pas octroyées à toute organisation syndicale, mais en fonction d'un critère objectif de représentativité (CE, 23 juillet 2014, *Syndicat national des collèges et des lycées et autres*, n° 358349, T.).

La décision du 26 septembre 2014 relève, en revanche, que l'utilisation d'espaces numériques sur le réseau intranet du ministère de l'éducation nationale n'est limitée par aucune contrainte particulière ni par aucune nécessité du service. Or, par circulaire, le ministre de l'éducation nationale avait restreint aux seules organisations représentatives l'utilisation d'un espace dédié de l'intranet du ministère. La restriction de cette ressource aux seules organisations représentatives étant illégale, la décision annule ces dispositions de la circulaire (CE, 26 septembre 2014, *Syndicat national des collèges et des lycées*, n° 361293, T.).



FICHE N° 18 :

Le droit de participation à la gestion et au fonctionnement de l'administration

CE, 27 novembre 1992, *Fédération Interco CFDT et autres*, n° 129600, Rec.

CE, 14 novembre 2011, *Mme X... et autres*, n° 345340, T. CE, Ass. 23 décembre 2011, X..., n° 335053, Rec.

CE, 2 juillet 2014, *Association autonome des parents d'élèves de l'école Émile Glay et autre*, n° 367179, Rec.



L'essentiel

Depuis la réforme de la fonction publique de 1946 et en vertu du huitième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, les agents publics participent à la gestion et au fonctionnement de l'administration. Ce droit de nature constitutionnelle (CC, 20 juillet 1977, *Loi modifiant l'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961*, n° 77-83 DC) s'exerce par le biais du Conseil commun de la fonction publique et des conseils supérieurs de chacun des trois versants de la fonction publique, ainsi que des commissions administratives paritaires, des comités techniques et des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. La participation se traduit notamment par le caractère obligatoire de la consultation de ces organes sur les principales questions relatives à l'organisation, au fonctionnement et aux conditions de travail. Ces consultations permettent ainsi aux agents publics de faire connaître leur avis sur les réformes proposées et de proposer des modifications. Cette consultation constitue pour les agents publics une garantie (CE Ass., 23 décembre 2011, X... n° 335053, Rec. ; cf. la fiche n° 94 « Le vice de procédure »), dont la méconnaissance entache la procédure d'irrégularité. La jurisprudence a ainsi précisé les cas dans lesquels cette consultation devait s'opérer et les modalités à respecter pour ne pas entacher une procédure d'irrégularité.



Les mots du juge

« Considérant que si le Gouvernement a, postérieurement à la consultation, apporté certaines modifications aux dispositions soumises au conseil et notamment regroupé en un seul décret les deux projets sur lesquels il l'avait consulté, il ressort de la comparaison des textes ayant fait l'objet de la consultation et du décret attaqué que le conseil supérieur a été consulté sur l'ensemble des questions traitées par le texte définitif ; qu'ainsi le Gouvernement a satisfait aux obligations qui lui incombent » (CE, 27 novembre 1992, *Fédération Interco CFDT et autres*, n° 129600, Rec.)

« Considérant (...) que l'organisme dont une disposition législative ou réglementaire prévoit la consultation avant l'intervention d'un texte doit être mis à même d'exprimer son avis sur l'ensemble des questions soulevées par ce texte ; que, par suite, dans le cas où, après avoir recueilli son avis, l'autorité compétente pour prendre le texte envisage d'apporter à son projet des modifications, elle ne doit procéder à une nouvelle consultation de cet organisme que si ces modifications posent des questions nouvelles » (CE, 14 novembre 2011, *Mme X... et autres*, n° 345340, T.)

« Considérant que la consultation obligatoire de chaque comité technique préalable à l'adoption par le conseil d'administration de chaque établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel de la demande de regroupement prévue par les dispositions précitées de l'article L. 711-1 du code de l'éducation, qui a pour objet d'éclairer chacun de ces conseils sur la position des représentants du personnel de l'établissement concerné, constitue pour ces derniers une garantie qui découle du principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail consacré par le huitième alinéa du préambule de la constitution du 27 octobre 1946 » (CE Ass. 23 décembre 2011, *Danthonny*, n° 335053, Rec.)



« Considérant (...) qu'une question ou un projet de disposition ne doit être soumis à la consultation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail que si le comité technique ne doit pas lui-même être consulté sur la question ou le projet de disposition en cause ; que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ne doit ainsi être saisi que d'une question ou projet de disposition concernant exclusivement la santé, la sécurité ou les conditions de travail ; qu'en revanche, lorsqu'une question ou un projet de disposition concerne ces matières et l'une des matières énumérées à l'article 34 du décret du 15 février 2011, seul le comité technique doit être obligatoirement consulté ; que, ce comité peut, le cas échéant, saisir le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de toute question qu'il juge utile de lui soumettre ; qu'en outre, l'administration a toujours la faculté de consulter le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail »

(CE, 2 juillet 2014, Association autonome des parents d'élèves de l'école Émile Glay et autre, n° 367179, Rec.)



Commentaire

La loi n° 2019-828 du 6 août 2019 a consacré le principe de participation des organisations syndicales au dialogue social à l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. Compte tenu des nouvelles modalités du dialogue social adoptées par la loi, cet article 9 précise désormais que les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs représentants syndicaux, en sus de l'élaboration des règles statutaires, à la définition des orientations en matière de politique de ressources humaines telles que déterminées par les lignes directrices de gestion (LDG) ainsi qu'à l'examen de décisions individuelles.

Le Conseil commun de la fonction publique ainsi que les trois conseils supérieurs de chacun des versants de la fonction publique sont consultés sur les questions relatives à l'organisation et au fonctionnement de la fonction publique en général ou de l'un de ses trois versants. De même, les comités techniques, qui existent dans chacun des trois versants de la fonction publique² aux différents niveaux de structure administrative (pour la fonction publique d'État, il existe ainsi des comités techniques ministériels, centraux, régionaux, départementaux), sont compétents sur les questions générales d'organisation et de fonctionnement. Les projets de texte relatifs à ces questions, notamment, leur sont donc obligatoirement soumis pour avis.

La loi n° 2019-828 du 6 août 2019 a organisé la fusion des comités techniques (CT) et des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) dans des comités sociaux pour les trois versants de la fonction publique, à compter du prochain renouvellement des instances du dialogue social en 2022. Ceux-ci auront vocation à connaître de diverses questions dont celles relatives aux lignes directrices de gestion en matière de mutations, de mobilité, de promotion et de valorisation des parcours professionnels.

Les commissions administratives paritaires (CAP) chargées d'examiner les questions individuelles, voient leurs compétences recentrées sur les décisions individuelles les plus complexes ou défavorables. Elles ne seront plus consultées sur les décisions individuelles de mobilité à compter du 1er janvier 2020 et sur les décisions individuelles en matière d'avancement et de promotion à compter du 1er janvier 2021, dont le cadre est désormais fixé par les LDG. Le respect de la consultation des organismes de participation est une question de régularité, de forme de la procédure. Cette exigence procédurale a donné lieu à un contentieux important, donnant à la jurisprudence les occasions de distinguer régularité et formalisme : le respect de la forme régulière de la procédure est essentiel, mais doit éviter un formalisme excessif qui conduirait à bloquer la vie administrative elle-même.

La consultation porte sur les questions que soulève un texte et non sur sa lettre

Le respect de la procédure est apprécié concrètement par le juge administratif : la consultation en effet porte sur les questions que soulève un texte et non sur la lettre du texte lui-même. Ainsi, le juge administratif contrôle si l'organe compétent a été mis à même d'exprimer son avis sur l'ensemble des questions soulevées par ce texte.

En conséquence, le Conseil d'État juge, afin d'éviter un formalisme excessif, que si l'administration modifie le texte postérieurement à la consultation de l'organe compétent, elle n'est tenue de procéder à une nouvelle consultation que si les modifications apportées suscitent des questions sur lesquelles l'organe n'a pas été amené à se prononcer lors de la consultation (CE, 27 novembre 1992, *Fédération Interco CFDT et autres*, n° 129600, Rec. ; CE, 14 novembre 2011, *Mme X...et autres*, n° 345340, T).

2 Pour la fonction publique d'État : art. 14 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 32 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; et pour la fonction publique hospitalière : art. L. 6144-3 et L. 6144-3 du code de la santé publique.



L'articulation entre consultation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et consultation du comité technique

Les CT et les CHSCT sont compétents dans des domaines qui peuvent se recouper partiellement³. Dans ce cas, seule la consultation du CT revêt un caractère obligatoire, ce dernier ayant la faculté de soumettre au CHSCT toute question qu'il juge utile. La consultation du CHSCT est

obligatoire lorsqu'une question ou un projet de texte concerne exclusivement son champ de compétence : santé, sécurité ou conditions de travail (CE, 2 juillet 2014, *Association autonome des parents d'élèves de l'école Émile Glay et autre*, n° 367179, Rec.).

Le contour du département ministériel et la compétence du comité technique

L'article 3 du décret n° 2011-184 du 15 février 2011 relatif aux comités techniques de la fonction publique d'État dispose que « dans chaque département ministériel, un comité technique ministériel est créé auprès du ministre par arrêté du ministre intéressé. Il peut être créé un comité technique ministériel commun à plusieurs départements ministériels par arrêté conjoint des ministres intéressés. Par dérogation au premier alinéa, il peut être créé, par arrêté conjoint des ministres intéressés, un comité technique ministériel unique pour plusieurs départements ministériels ».

Une certaine confusion peut toutefois naître sur le périmètre exact de tel ou tel département ministériel, les décrets d'attribution pouvant fixer des matières sur lesquelles un ministre a compétence, sans toutefois qu'il dispose de l'autorité hiérarchique sur les services compétents.

Saisi d'une demande d'avis du ministre du budget sur cette question, le Conseil d'État, dans sa fonction consultative, a estimé que « doit être regardé comme un "département ministériel" au sens et pour l'application du décret du 28 mai 1982 (alors en vigueur), l'ensemble des services et des corps placés sous l'autorité hiérarchique d'un même ministre qui exerce à leur égard l'ensemble des pouvoirs du

chef de service ». L'avis de la section des finances (séance du 18 juillet 2007, n° 380693) précise pour l'administration la manière de procéder : « Pour déterminer le domaine d'intervention des différents départements ministériels, il convient, donc, de se référer, d'une part, aux décrets relatifs à la composition du gouvernement ainsi qu'aux décrets d'attribution des ministres subséquents qui énumèrent les services sur lesquels les ministres exercent leur autorité, le cas échéant conjointement avec un ou plusieurs autres ministres, d'autre part, aux statuts particuliers des corps de fonctionnaires qui définissent l'autorité ministérielle dont relèvent les corps intéressés. Le critère organique de l'autorité dont relèvent les services et les corps est le seul à prendre en considération ».

Le Conseil d'État a donc écarté la prise en compte « des décrets d'attribution des ministres en tant qu'ils déterminent les matières pour lesquelles les ministres sont compétents », ces mêmes décrets « en tant qu'ils énumèrent la liste des services dont "disposent" les ministres ou auxquels ils "peuvent faire appel" », comme « les décrets d'organisation intervenus sur le fondement du décret du 15 juin 1987 qui se bornent à définir l'organisation des services d'administration centrale et n'ont ni pour objet, ni pour effet de déterminer les compétences des ministres ».

La contestation de la validité des opérations électorales aux comités techniques est soumise à un recours administratif préalable obligatoire devant l'autorité auprès de laquelle le comité technique est constitué

L'article 30 du décret n° 2011-184 du 15 février 2011 a créé un recours administratif obligatoire avant tout recours contentieux, reprenant une disposition ancienne (CE, 5 décembre 1969, *Élections de représentants du personnel à la commission administrative paritaire des adjoints administratifs et autres de l'administration centrale du ministère de la justice*, n° 77028, Rec.). Pour reprendre les termes de la décision *Houlbreque* (CE, Sect., 18 novembre 2005,

n° 270015, Rec.), « l'institution par ces dispositions d'un recours administratif, préalable obligatoire à la saisine du juge, a pour effet de laisser à l'autorité compétente pour en connaître le soin d'arrêter définitivement la position de l'administration (...) il s'ensuit que la décision prise à la suite du recours se substitue nécessairement à la décision initiale ». Un recours contentieux qui n'aurait pas été précédé d'un recours devant l'autorité compétente est donc irrecevable.

³ Cf. l'art. 47 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique ; et l'art. 34 du décret n° 2011-184 du 15 février 2011 relatif aux comités techniques dans les administrations et les établissements publics de l'État.

FICHE N° 19 :

Le droit de grève

CE Ass., 7 juillet 1950, *Sieur X... Charles*, n° 01645, Rec CE, 21 octobre 1970, *Syndicat général des fonctionnaires des impôts Force Ouvrière et autre*, n° 65845, Rec CE, 6 juillet 2016, *Syndicat CGT des cadres et techniciens parisiens des services publics territoriaux et autres*, n° 390031, T



L'essentiel

L'inscription du droit de grève dans le préambule de la Constitution de 1946 a conduit le Conseil d'Etat à reconnaître ce droit aux fonctionnaires dans l'arrêt Dehaene (CE Ass, 7 juillet 1950 *Sieur X... Charles*, n° 01645, Rec), tout en fixant les principes de son exercice, qui sont toujours applicables aujourd'hui. Le droit de grève est ainsi garanti aux fonctionnaires, sauf lorsque la loi en dispose autrement pour certains corps particuliers (par exemple les corps de la police nationale) et dans les limites qu'impose la conciliation de ce droit constitutionnellement garanti avec le principe, de même valeur constitutionnelle, de continuité du service public. Le Conseil d'État, par ce même arrêt, a reconnu la compétence de l'autorité administrative responsable du bon fonctionnement d'un service public pour fixer elle-même la nature et l'étendue des limitations qu'elle peut apporter à l'exercice de ce droit dans les services dont l'organisation lui incombe.



Les mots du Conseil d'Etat

« Considérant qu'en indiquant, dans le préambule de la Constitution, que «le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent», l'assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève constitue l'une des modalités, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte ; (...)

Considérant qu'en l'absence de cette réglementation, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; qu'en l'état actuel de la législation il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations ; »

(CE Ass, 7 juillet 1950, *Sieur X... Charles*, n° 01645, Rec)

« Considérant qu'une grève qui aurait pour effet d'interrompre le fonctionnement des services extérieurs de la direction des douanes et des droits indirects serait de nature à compromettre l'action gouvernementale et à porter une atteinte grave à l'ordre public ; que dans le cadre des prérogatives qui appartiennent en la matière au gouvernement, le ministre des finances et des affaires économiques a légalement pu prendre des mesures limitant par avance l'exercice du droit de grève par les personnels des services extérieurs des douanes en désignant, d'une part, les personnels d'autorité ou ayant des responsabilités importantes nécessaires pour assurer la continuité du fonctionnement des services et, d'autre part, les personnels d'exécution détenant des emplois indispensables à la sécurité physique des personnes, à la sauvegarde des installations et du matériel, au fonctionnement des liaisons administratives et au maintien des activités essentielles de la vie de la nation ; »

(CE, 21 octobre 1970, *Syndicat général des fonctionnaires des impôts Force Ouvrière et autre*, n° 65845, Rec)





Commentaire

En l'état actuel de la législation, il appartient à l'autorité administrative compétente de fixer la nature et l'étendue des limitations qui doivent être apportées au droit de grève

La décision d'Assemblée *Dehaene* a consacré le droit de grève des fonctionnaires en se fondant sur le préambule de la Constitution de 1946, alors qu'il ne leur était pas reconnu auparavant. La loi du 13 juillet 1983 dispose désormais que le droit de grève des fonctionnaires s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent (article 10). Ce droit ne saurait cependant s'exercer sans limite. Toutefois, le législateur n'est pas intervenu pour fixer cette réglementation. L'autorité administrative se trouve toujours donc dans la situation dans laquelle fut rendue la décision *Dehaene*.

Dès la décision d'Assemblée, le Conseil d'État a ainsi reconnu la compétence de l'autorité administrative pour édicter elle-même, en l'état actuel de la législation, les limitations nécessaires à l'ordre public et au bon fonctionnement des services publics. Cette compétence a

un caractère supplétif : elle ne s'exerce qu'en l'état actuel de la législation, c'est-à-dire en raison de son absence (CE, 21 octobre 1970, *Syndicat général des fonctionnaires des impôts Force Ouvrière et autre*, n° 65845, Rec), au titre des pouvoirs d'organisation propres au chef de service (CE, Sect., 7 février 1936, *Jamart*, Rec). Pour l'administration centrale et les services déconcentrés d'un ministère, cette compétence relève du ministre, « responsable du bon fonctionnement des services placés sous son autorité ». En revanche, un ministre n'est pas compétent pour préciser les modalités d'exercice du droit de grève dans les établissements publics placés sous sa tutelle (CE 1^{er} décembre 2004, *M. C...*, et autres, n° 260551, Rec), la compétence relevant des organes dirigeant de l'établissement. Une collectivité territoriale peut édicter une telle réglementation pour ses agents.

Le droit de grève reconnu aux fonctionnaires doit s'exercer dans les limites d'un usage non abusif, des nécessités de l'ordre public, des besoins essentiels de la nation et de la continuité du service public.

Suivant un principe commun au droit du travail, la grève politique n'est pas autorisée (CE, 18 février 1955, *Bernot*, Rec, CE, Ass., 7 juillet 1950, *Sieur X... Charles*, n° 01645, Rec), elle doit avoir pour motif la défense des intérêts professionnels. Si le principe est clair, la distinction peut être difficile à opérer entre ces deux notions.

L'autorité compétente peut ensuite apporter des restrictions au droit de tout agent de rejoindre un mouvement de grève si elles sont nécessaires à la prévention d'un usage abusif de la grève, justifiées par les nécessités de l'ordre public, par les besoins essentiels du pays (CE, 6 juillet 2016, *Syndicat CGT des cadres et techniciens parisiens des services publics territoriaux et autres*, n° 390031, T.) ou pour assurer la continuité du service public (CE, 21 octobre 1970, *Syndicat général des fonctionnaires des impôts Force Ouvrière et autre*, n° 65845, Rec). Ainsi, l'autorité administrative peut interdire de grève certains agents à raison des postes qu'ils occupent (idem), par exemple, en l'espèce, aux personnels d'autorité ou ayant des responsabilités importantes nécessaires pour assurer

la continuité du fonctionnement des services intéressés et aux personnels d'exécution détenant ces emplois, mais elle ne peut légalement édicter une interdiction absolue et permanente en fonction du grade (idem).

Le juge exerce son contrôle sur le caractère nécessaire de ces limitations. Ainsi, dans une affaire récente, le Conseil d'État a jugé que, pour la réglementation de grèves dans des équipements sportifs, il était possible d'imposer aux grévistes d'exercer leur droit de grève dès le moment de leur prise de service, pour éviter d'avoir à évacuer l'équipement qu'on avait d'abord cru pouvoir faire fonctionner. En revanche, il a jugé injustifié une règle imposant de se déclarer gréviste, non pas 48 heures avant la date à laquelle un agent entend personnellement participer à un mouvement de grève, mais 48 heures avant le début de la grève fixé dans le préavis, cette réglementation empêchant donc de rejoindre un mouvement de grève déjà engagé (CE, 6 juillet 2016, *Syndicat CGT des cadres et techniciens parisiens des services publics territoriaux et autres*, n° 390031, T ; v. aussi CE, 29 décembre 2006, SNCF, n° 286294, Rec.).

L'absence de service fait due à la participation à une grève donne lieu à une retenue sur le traitement du fonctionnaire calculée par trentièmes

En l'absence de service fait, les fonctionnaires se voient appliquer sur leur traitement une retenue dont le montant est soumis à la règle du trentième indivisible (article 4 de la loi n° 61-825 du 29 juillet 1961). La loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 relative aux retenues pour absence de service fait par les personnels de l'État, des collectivités locales et des services publics avait institué des modalités de retenues particulières en cas d'absence de service fait par suite d'une grève (pour 1 heure de grève : 1/151,67^{ème} de retenues, pour 1/2 journée de grève : 1/60^{ème} et pour une journée : 1/30^{ème}). Les dispositions de ce texte ont été abrogées par la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 qui rétablit la règle du trentième indivisible.

Conformément à une décision du Conseil constitutionnel (Décision n° 87-230 DC du 28 juillet 1987), la règle du trentième indivisible, qui ne vaut que pour les fonctionnaires de l'État et des établissements publics de l'État à caractère administratif, constitue une « mesure de portée comptable » qui n'a pas le caractère d'une pénalité financière. Dès lors, pour le fonctionnaire de l'État qui n'a pas accompli son service pour fait de grève, la retenue opérée sur le traitement est calculée par trentièmes de la rémunération mensuelle, fraction indivisible du traitement. En outre, le traitement ayant un caractère forfaitaire, le décompte des retenues à opérer sur son traitement mensuel s'élève, en principe, à autant de trentièmes qu'il y a de journées où cette absence de service fait a été constatée, même si, durant certaines de ces journées, cet agent n'avait aucun service à accomplir (CE, 12 avril 2013, *M. B...*, n° 351229, T).



FICHE N° 20 :

La liberté d'opinion et d'expression
des fonctionnaires

CE, Ass., 28 mai 1954, *Sieur Barel et autres*, n° 28238, Rec.

CE, 12 février 1997, *Mlle X...*, n° 125893, T.



L'essentiel

Les fonctionnaires français jouissent d'une liberté d'opinion et d'expression très étendue, dans les conditions précisées par la loi, par la Constitution. S'ils sont libres à ce titre de manifester leur opinion, cette liberté est bornée par leurs obligations de neutralité et de réserve, ainsi que par les nécessités du bon fonctionnement du service.



Les mots du juge

« Considérant que, s'il appartient au secrétaire d'État, chargé par les textes précités d'arrêter la liste des candidats admis à concourir, d'apprécier, dans l'intérêt du service, si les candidats présentent les garanties requises pour l'exercice des fonctions auxquelles donnent accès les études poursuivies à l'École nationale d'administration et s'il peut, à cet égard, tenir compte de faits et manifestations contraires à la réserve que doivent observer ces candidats, il ne saurait, sans méconnaître le principe de l'égalité de l'accès de tous les Français aux emplois et fonctions publics, écarter de ladite liste un candidat en se fondant exclusivement sur ses opinions politiques »

(CE, Ass., 28 mai 1954, *Sieur Barel et autres*, n° 28238, Rec.)

« Considérant que Mlle X..., (...), a sollicité des autorisations d'absence pour la célébration en 1987, du vendredi saint, de la fête Dieu et de la fête de la médaille miraculeuse ; qu'en l'absence de règles définissant le régime des autorisations d'absence, le directeur (...) a rejeté la demande en se fondant par sa décision du 10 mars 1987, sur ce que "Seules ... les fêtes religieuses légales en France peuvent donner lieu à autorisation d'absence"; qu'en se bornant à opposer un tel motif, alors que l'institution par la loi de fêtes légales ne fait pas, par elle-même, obstacle à ce que, sous réserve des nécessités du fonctionnement normal du service, des autorisations soient accordées à des agents publics pour participer à d'autres fêtes religieuses correspondant à leur confession, le directeur (...) a entaché sa décision d'erreur de droit »

(CE, 12 février 1997, *Mlle X...*, n° 125893, T.)



Commentaire

La liberté d'opinion est garantie aux fonctionnaires

La liberté d'opinion du fonctionnaire est protégée au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. En effet, l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, qui dispose que « la liberté d'opinion est garantie aux fonctionnaires », ne fait que décliner au cas particulier des fonctionnaires les principes consacrés par l'article 10 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen (« *Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ») et par le cinquième alinéa du préambule de la

Constitution du 27 octobre 1946, (« *Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions et de ses croyances* »).

Cette liberté d'opinion du fonctionnaire, qui vaut pour toutes les opinions et toutes les croyances, s'impose à l'administration dans ses relations avec les fonctionnaires en service et interdit notamment toute discrimination à raison d'opinions politiques, philosophiques ou religieuses. Les convictions religieuses ou politiques d'un fonctionnaire



Droits et obligations du fonctionnaire

ne sauraient ainsi justifier une mesure disciplinaire (CE, Sect., 1^{er} octobre 1954, *Sieur Guille*, Rec.).

La liberté d'opinion protège également celui qui souhaite devenir fonctionnaire, ce en quoi elle rejoint le principe d'égal accès aux emplois publics consacré par l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Par la décision *Barrel*, le Conseil d'État a ainsi annulé une décision par laquelle l'administration avait refusé d'admettre à concourir des candidats soupçonnés d'être communistes. Cette jurisprudence est d'autant plus marquante qu'à l'époque, l'accès des communistes à la fonction publique était interdit dans bien des pays occidentaux, notamment en Allemagne fédérale où il a fallu attendre un arrêt en grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 26 septembre 1995, *Vogt c/ Allemagne*, n° 17851/91) pour que cela évolue. Plus récemment, le Conseil d'État a annulé la délibération d'un jury de concours à qui l'administration avait transmis un dossier de candidature faisant état des opinions politiques et de l'appartenance syndicale du requérant, ce qui avait amené un membre du jury à poser, lors de l'entretien

oral, une question directement liée à ces mentions (CE, 28 septembre 1988, *M. Y...*, n° 43958, Rec.).

Corollaire de la liberté d'expression du fonctionnaire, l'article 18 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 interdit qu'il soit « fait état dans le dossier d'un fonctionnaire, de même que dans tout document administratif, des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé ». Tout agent public est d'ailleurs fondé à demander la suppression de telles mentions dans son dossier (CE, 25 juin 2003, *Mme X...*, n° 251833, Rec.), y compris lorsque sa gestion est informatisée. Si, en raison même de l'octroi d'une autorisation spéciale d'absence ou de dispenses d'activité de service, il peut être légalement fait mention, au dossier de l'intéressé, de l'existence du mandat syndical ayant motivé l'intervention de telles mesures, le respect dû tant à la liberté d'opinion des fonctionnaires qu'à la liberté syndicale implique qu'une mention de ce type ne puisse s'accompagner d'une quelconque appréciation portée par l'autorité administrative sur la manière dont l'intéressé exerce ses activités syndicales (CE, 27 septembre 2000, *M. X...*, n° 189318, Rec.).

La liberté d'opinion du fonctionnaire implique, sous certaines limites, sa liberté de manifester son opinion

La liberté de manifester son opinion est, comme la liberté de conscience, une composante de la liberté d'opinion. Mais si la liberté de conscience du fonctionnaire est absolue, sa liberté d'expression, tout en étant garantie, connaît certaines limites.

Lorsque le fonctionnaire est en service, sa liberté d'expression est fortement bornée par son obligation de neutralité (cf. la fiche n° 29 « L'obligation de neutralité et le principe de laïcité »). On cite souvent les conclusions du commissaire du gouvernement GAZIER sur la décision *Delle Jamet* (CE, 3 mai 1950, p. 247) :

« Dans l'exécution du service, l'État peut exiger du fonctionnaire qu'il s'abstienne de tout acte propre à faire douter, non seulement de sa neutralité, mais de sa loyauté envers les institutions ».

Il n'en reste pas moins que la liberté d'opinion du fonctionnaire subsiste y compris pendant le service, au point qu'il peut même bénéficier, à ce titre, d'autorisations d'absence. En effet, en l'absence même de règle statutaire reconnaissant aux agents le droit à bénéficier d'autorisations d'absence dans telle ou telle circonstance, un chef de service peut accorder une autorisation d'absence à un agent placé sous son autorité. La décision *Mlle X...* précise à cet égard que le chef de service ne saurait porter une appréciation sur les raisons qui motivent une demande d'autorisation d'absence : des autorisations peuvent être accordées à des agents publics pour participer à des fêtes religieuses correspondant à leur confession, sans que

cette possibilité soit limitée aux fêtes religieuses légales. En revanche, la liberté du fonctionnaire est bornée par les nécessités du fonctionnement normal du service : ce n'est que si elle est compatible avec elles que l'autorisation d'absence peut être accordée par le chef de service (CE, 12 février 1997, *Mlle X...*, n° 125893, T.).

Lorsque le fonctionnaire n'est pas en service, la liberté d'expression est la règle, dans les limites prévues par la loi. Le fonctionnaire peut adhérer à tout mouvement, association ou parti politique. Il a, sauf disposition spéciale, le droit d'être candidat à toutes les élections (CE, 3 janvier 1962, *Ministre des armées c/ Sieur Hocdé*, Rec.). Le fonctionnaire peut également parler et écrire librement, et l'administration ne saurait exiger, quels que soient les sujets abordés, qu'il soumette à son supérieur hiérarchique, préalablement à leur publication, des articles ou ouvrages qu'il aurait écrits (CE, 29 décembre 2000, *Syndicat Sud Travail*, n° 213590, T.). Sur ce dernier point, la jurisprudence administrative française est plus protectrice de la liberté d'expression du fonctionnaire que celle de la Cour de justice de l'Union européenne qui admet que des fonctionnaires soient tenus de demander une autorisation préalable pour la publication d'ouvrages se rattachant à l'activité des institutions européennes (CJCE, 6 mars 2001, *Connolly c/ Commission*, aff. C-274/99).

La liberté d'expression du fonctionnaire est toutefois limitée, même hors du service, par son obligation de réserve (cf. fiche n° 27 « L'obligation de secret professionnel et de discrétion »).



FICHE N° 21 :

La protection de la vie privée

CE, 28 mars 2014, *Syndicat national des enseignements du second degré*, n° 361042, T.
 CE, 10 mars 2010, *Commune de Sète*, n° 303814, Rec.



L'essentiel

Le droit des agents publics au respect de leur vie privée impose à l'administration de respecter certaines limites, notamment lorsqu'elle utilise des informations personnelles qui les concernent ou lorsqu'elle communique des documents administratifs touchant à leur situation individuelle. Ce droit n'est toutefois pas absolu : il doit être concilié avec les nécessités de gestion et les exigences de transparence posées par le législateur.



Les mots du juge

« Considérant que (...) les arrêtés individuels, notamment ceux qui sont relatifs aux agents de la commune, sont au nombre des arrêtés municipaux dont la communication peut être obtenue sur le fondement de l'article L. 2121-26 du code général des collectivités territoriales ; que la circonstance que la demande du syndicat soulèverait des difficultés matérielles pour la satisfaire en raison du nombre élevé des documents en cause ne suffit pas à justifier légalement, dans les circonstances de l'espèce, le refus de communication ; que, toutefois, les arrêtés fixant le montant des primes, lesquelles comportent une part modulable en fonction de la manière de servir, contiennent une appréciation sur le comportement des fonctionnaires concernés ; que, par suite, ces arrêtés ne peuvent être communiqués qu'après occultation de la mention du nom des intéressés et le cas échéant des autres mentions permettant d'identifier la personne concernée »
 (CE, 10 mars 2010, *Commune de Sète*, n° 303814, Rec.)

« Considérant (...) que la liste des données à caractère personnel et des informations ainsi collectées, annexée au décret attaqué, sont relatives à l'identification des agents, à leur situation familiale, à leur vie professionnelle auxquelles s'ajoutent des éléments économiques et financiers ; que la collecte de ces catégories de données est nécessaire à la finalité légitime du traitement ; que la collecte et le traitement de données telles que le nom, le prénom, la date et le lieu de naissance ainsi que le NIR des membres de la famille des agents, nécessaires pour permettre à ces derniers de bénéficier des avantages liés à leur situation de famille, sont proportionnés au regard des finalités du traitement ; qu'en revanche, l'administration ne fait état, dans ses écritures, d'aucune nécessité ou utilité quant au recueil des informations relatives au sexe et à la nationalité des conjoints ou partenaires des agents ; qu'en l'absence de toute justification sur ce point, la collecte de ces informations ne peut, en l'espèce, qu'être regardée comme excessive au regard des dispositions précitées du 3° de l'article 6 de la loi du 6 janvier 1978 »

(CE, 28 mars 2014, *Syndicat national des enseignements du second degré*, n° 361042, T.)



Commentaire

Les agents publics, comme toutes les personnes physiques, ont droit au respect de leur vie privée, droit garanti notamment par la Constitution et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. D'une façon générale, l'administration

ne doit s'ingérer dans la vie privée de ses agents que dans la stricte mesure où cela est nécessaire au service. Ceci est particulièrement sensible en matière de fichiers informatiques et de communication des documents administratifs.



L'administration peut mettre en place des fichiers informatiques utilisant des données personnelles relatives à ses agents à condition que cette atteinte à leur vie privée soit proportionnée

La loi n° 78-17 du 7 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, souvent appelée « loi CNIL » ou « loi informatique et libertés », permet à une autorité publique, après avoir procédé aux formalités préalables que prévoit la loi, de collecter, conserver et traiter des informations personnelles nominatives, à condition que deux conditions soient vérifiées :

- les finalités poursuivies doivent être légitimes ;
- le choix, la collecte et le traitement des données doivent être effectués de manière adaptée, nécessaire et proportionnée au regard de ces finalités (CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827, Rec.).

La gestion administrative et financière des personnels, la gestion des moyens et le pilotage par la production d'indicateurs statistiques constituent des finalités légitimes, ainsi que le précise la décision *Syndicat national des enseignants du second degré* (CE, 28 mars 2014, n° 361042, T.). L'administration peut donc, notamment pour ces différentes raisons, être autorisée à collecter et traiter des données à caractère personnel relatives à ses agents. Cette collecte concerne également les candidats à des concours donnant accès à la fonction publique⁴.

L'administration doit cependant être attentive aux données qu'elle utilise : seules les données utiles et nécessaires pour les besoins du traitement peuvent être légalement collectées. Ainsi par exemple, l'administration de l'éducation nationale peut, dans le cadre de traitements ayant pour

finalité la gestion et le pilotage, collecter des données à caractère personnel relatives à l'identification de ses agents, pour éviter tout risque de confusion. Elle peut aussi collecter certaines informations relatives à leur situation familiale : le nom, le prénom, la date et le lieu de naissance ainsi que le NIR⁵ des membres de la famille des agents, qui sont nécessaires pour permettre à ces derniers de bénéficier des avantages liés à leur situation de famille (supplément familial de traitement, etc.). En revanche, il n'y a aucune nécessité ni aucune utilité, en termes de gestion administrative, à disposer d'informations relatives au sexe et à la nationalité des conjoints ou partenaires des agents. La collecte de ces informations est donc illégale (CE, 28 mars 2014, *Syndicat national des enseignants du second degré*, n° 361042, T.).

A propos des données relatives à la mention de l'appartenance syndicale, la loi n° 78-17 du 7 janvier 1978 interdit, par principe, de traiter ces données à caractère personnel, sous réserves d'exceptions strictement encadrées (I de l'art. 8). Le Conseil d'Etat a considéré que « le traitement des données relatives aux élections professionnelles et aux décharges d'activité pour exercer des fonctions de représentant syndical, exigé par la finalité du traitement notamment pour l'organisation des élections professionnelles ainsi que pour la gestion des autorisations spéciales d'absence et des dispenses d'activité, s'il mentionne l'appartenance syndicale des agents concernés, ne méconnaît pas (...) les dispositions précitées de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978, dès lors que cette donnée a été rendue publique par la personne concernée » (CE, 28 mars 2014, *Syndicat national des enseignants du second degré*, n° 361042, T.).

Les actes intéressant la situation individuelle des agents publics sont communicables, sous certaines réserves

En vertu de l'article L. 311-1 du CRPA (qui a repris l'article 2 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978), les autorités administratives « sont tenues de communiquer les documents administratifs qu'elles détiennent aux personnes qui en font la demande ». Toutefois, les documents dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, tout comme les documents portant une appréciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommée désignée ou facilement identifiable, ne sont communicables qu'aux « personnes intéressées » (art. L. 311-6 du CRPA) ou, si cela est possible, après occultation ou disjonction des mentions portant atteinte à la vie privée (art. L. 311-7 du CRPA). À côté de ces dispositions transversales, le droit français connaît de nombreux régimes spéciaux de communication des documents administratifs comme, par exemple, celui prévu par l'article L. 2121-26 du CGCT, prévoyant un accès pour toute personne physique, entre autres, aux

« arrêtés municipaux ». Ces régimes spéciaux prévoient généralement une réserve tenant à la protection de la vie privée tout à fait comparable.

Un acte relatif à la situation individuelle d'un fonctionnaire, tout comme le contrat de travail d'un agent public contractuel, est un document administratif. Il est donc communicable à toute personne qui en fait la demande, sous réserve des secrets rappelés ci-dessus (vie privée, appréciation ou jugement de valeur). Il va de soi, à cet égard, que des éléments comme l'adresse de l'agent public ou sa situation de famille doivent être occultés avant communication. Plus difficile est de savoir ce qui, en matière de rémunération, est communicable. Il est revenu à la jurisprudence de donner, en la matière, un « mode d'emploi ». En ce qui concerne la rémunération des fonctionnaires, le cadre a été donné par la décision *Commune de Sète* (CE, 10 mars 2010, n° 303814, Rec.)⁶ :

4 Décret n° 2018-114 du 16 février 2018 relatif à la collecte de données à caractère personnel relatives aux caractéristiques et au processus de sélection des candidats à l'accès à la fonction publique et créant la « Base concours », pris sur le fondement de l'art. 16 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, créé par l'art. 161 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017.

5 Numéro d'inscription au Répertoire national d'identification des personnes physiques (RNIPP), communément appelé numéro de sécurité sociale.

6 Cette décision a été rendue à propos de l'article L. 2121-26 du CGCT qui prévoit un accès pour toute personne physique, entre autres, aux « arrêtés municipaux » mais la solution est transposable au régime de communication des documents administratifs de droit commun.



- les éléments relevant du traitement indiciaire sont communicables, tandis que les primes variables, dont le niveau dépend de la manière de servir, ne le sont pas, dans la mesure où elles traduisent une appréciation sur le comportement de l'agent ;

- au nom de la protection de la vie privée, doivent être occultées, avant la communication à des tiers des documents sur lesquels elles figureraient, les mentions relatives à des éléments particuliers de rémunération tels qu'un supplément familial de traitement ou des indemnités pour heures supplémentaires, révélant respectivement la situation de famille de l'intéressé et ses horaires de travail.

Mais le principe est bien, sous ces réserves, que le niveau de rémunération d'un agent public n'est normalement pas regardé comme un élément de sa vie privée et se trouve donc être communicable.

Le Conseil d'État a décliné ces principes aux cas des agents contractuels qui posent une difficulté particulière : même en l'absence de part variable, la rémunération fixée par le contrat peut traduire implicitement l'appréciation de l'autorité de nomination sur la valeur du parcours

de l'intéressé et sur ce qu'il est susceptible d'apporter à l'administration. Le Conseil d'État distingue donc deux cas de figure :

- soit la rémunération qui figure dans le contrat de travail résulte de l'application de règles générales régissant l'emploi en cause, auquel cas il n'y a pas d'obstacle légal à sa communication à des tiers, sauf pour une éventuelle part variable ;

- soit la rémunération n'est pas déterminée par de telles règles et est donc arrêtée d'un commun accord entre les parties, auquel cas elle doit être occultée (CE, 24 avril 2013, *Syndicat CFDT Culture*, n° 343024, T.).

Le Conseil d'État applique le même raisonnement aux bulletins de salaire des agents contractuels, avec une petite particularité : si la rémunération de l'agent n'est pas communicable parce qu'elle révèle une appréciation portée sur lui, le bulletin de salaire n'est pas communicable du tout, puisque l'occultation sur ce bulletin des mentions relatives à la rémunération priverait sa communication de tout intérêt (CE, 26 mai 2014, *Communauté d'agglomération de Bayonne-Anglet-Biarritz*, n° 342339, T.).



FICHE N° 22 :

Le droit à la rémunération et la règle du service fait

CE, Sect., 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires*, n° 57706, Rec. CE, 27 juin 2008, *Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi c/ Mme Morand*, n° 305350, Rec.



L'essentiel

La règle du service fait, pilier du mécanisme de rémunération des agents publics, repose sur un principe simple issu des dispositions de l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 : un fonctionnaire ne peut être payé qu'une fois son service effectué. Elle peut toutefois se révéler d'application délicate, ainsi que le révèle l'abondante jurisprudence dans ce domaine.



Les mots du juge

« Considérant (...) qu'en fixant une limite à la durée hebdomadaire des vacances à raison desquelles les médecins des établissements pénitentiaires peuvent prétendre à une rémunération, alors que lesdits médecins doivent, en vertu de l'article D. 376 du code de procédure pénale, se rendre à la prison toutes les fois qu'ils y sont appelés par le chef de l'établissement et peuvent ainsi se trouver amenés à accomplir dans une semaine plus de trente-trois heures de service à l'établissement pénitentiaire, l'alinéa dernier de l'article 1^{er} [de la décision attaquée] méconnaît le principe suivant lequel les agents publics ont droit à obtenir la rémunération de tout service qu'ils accomplissent » (CE, Sect., 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires*, n° 57706, Rec.).

« Considérant qu'il résulte de ce qui précède [à savoir l'art. 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, l'art. 4 de la loi de finances rectificative du 29 juillet 1961, ainsi que l'art. 1^{er} du décret du 6 juillet 1962 portant règlement sur la comptabilité publique en ce qui concerne la liquidation des traitements des personnels de l'État] que l'absence de service fait due en particulier à la participation à la grève, pendant une fraction quelconque de la journée, donne lieu à une retenue dont le montant est égal à la fraction du traitement frappé d'indivisibilité en vertu des dispositions précitées, c'est-à-dire au trentième de la rémunération mensuelle ; qu'en outre, eu égard au caractère mensuel et forfaitaire du traitement tel que défini à l'article 1^{er} du décret du 6 juillet 1962, en cas d'absence de service fait pendant plusieurs jours consécutifs, le décompte des retenues à opérer sur le traitement mensuel d'un agent public s'élève en principe à autant de trentièmes qu'il y a de journées comprises du premier jour inclus au dernier jour inclus où cette absence de service fait a été constatée, même si durant certaines de ces journées, cet agent n'avait aucun service à accomplir » (CE, 27 juin 2008, *Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi c/ Mme A*, n° 305350, Rec.).



Commentaire

La jurisprudence du Conseil d'État a depuis longtemps consacré un droit à rémunération des agents publics (CE, Sect., 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires*, n° 57706, Rec.) en précisant que celle-ci ne saurait être inférieure au salaire minimum (CE, Sect., 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c/ Mme X...*, n° 36851, Rec.).

Désormais, ce principe est fixé à l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 qui dispose que : « Les fonctionnaires ont droit, après service fait, à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire. Les indemnités peuvent tenir compte des fonctions et des



résultats professionnels des agents ainsi que des résultats collectifs des services. S'y ajoutent les prestations familiales obligatoires ».

Ces dispositions constituent le socle législatif de l'ensemble des rémunérations dans la fonction publique, tant pour les agents titulaires que pour les agents non titulaires⁷, et fixent une règle fondamentale : celle du service fait. Son principe est simple : un fonctionnaire ne peut être

payé qu'une fois son service effectué. Plus exactement, un fonctionnaire ne doit être payé qu'après service fait (CE, 15 janvier 1997, *Institut national de recherches en informatique*, n° 135693, T.). Il s'agit d'une règle qui n'est pas spécifique à la fonction publique et qui trouve son origine en comptabilité publique. Un comptable public est en effet tenu de contrôler la justification du service fait pour apprécier la validité de la créance qu'un agent public détient sur son employeur⁸.

Cette règle est d'application stricte : lorsque l'agent public n'effectue pas son service, il n'a aucun droit au traitement correspondant dès lors que l'absence d'accomplissement de son service résulte de son propre fait

L'administration a compétence liée pour procéder à la suspension des traitements et indemnités en l'absence de service fait, dès lors qu'une décision a affecté l'agent public concerné sur un emploi correspondant à des fonctions effectives et qu'elle n'a pas le caractère d'une décision manifestement illégale et de nature à compromettre gravement un intérêt public (CE, 23 septembre 2013, *M. A...B...*, n° 350909, T.). Tel ne sera pas le cas, par exemple, lorsque l'administration n'a pas respecté son obligation de placer un agent dans une situation régulière et de l'affecter sur un emploi correspondant à des fonctions effectives, dans un délai raisonnable (CE, 19 décembre 2012, *M. A...B...*, n° 346245, T.). Une décision procédant à retenue sur salaire pour absence de service fait n'a pas à être motivée, sauf si elle révèle par elle-même un refus opposé à une demande d'un agent qui souhaitait obtenir la reconnaissance d'un droit à rémunération malgré l'absence de service fait (CE, 2 novembre 2015, *M. A...B...*, n° 372377, T.). Si le traitement est indûment versé, en l'absence de service fait, l'administration pourra en obtenir le remboursement.

Si l'agent effectue son service mais ne touche pas son traitement, il peut en obtenir le versement ainsi que, le cas échéant, réparation des préjudices qu'il aurait pu subir du fait de cette carence. A noter que lorsque l'administration est tenue de tirer les conséquences qui s'attachent à l'annulation d'une décision suspendant à tort le traitement d'un fonctionnaire, elle doit tenir compte, le cas échéant, des revenus professionnels que l'intéressé a pu se procurer en exerçant, en méconnaissance des dispositions de l'article 25 septies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, une activité lucrative privée pendant la période au cours de laquelle il était en position d'activité. Dans cette hypothèse, l'administration doit lui verser les sommes qu'il aurait dû percevoir au titre de son traitement, tout en y soustrayant les sommes

indument perçues (CE, 6 mars 2015, *Centre hospitalier Henri Guérin*, n° 369857, T.).

Le principe du service fait rencontre un certain nombre de tempéraments prévus par les lois statutaires ou la jurisprudence. Le fonctionnaire est en droit de percevoir son traitement, en l'absence de service fait, dans les cas :

- de congés rémunérés, tels que les congés annuels, congés pour motif médical (avec une dégressivité)⁹ ou congé pour invalidité temporaire imputable au service¹⁰ ;
- d'une *décharge d'activité pour l'exercice d'un mandat syndical* (v. CE, Section, 27 juillet 2012, *A...Bourdois*, n° 344801, Rec.) ;
- d'une *autorisation spéciale d'absence*¹¹ ;
- d'un *congé spécial*¹² ;
- d'une *réintégration en surnombre*. Le fonctionnaire bénéficiant d'une telle garantie a droit à son traitement à compter de la date à laquelle l'administration est tenue de le réintégrer (CE, Sect., 28 février 1964, *Sieur Nadau*, Rec. ; CE, 13 février 1974, *Ministre de l'éducation nationale c/ Dame Hovelacque*, n° 88546, T. ; CE, 25 juillet 1975, *Sieur Mazeau*, n° 95717, T. ; JRC, 12 décembre 2001, *Mme Pantz*, n° 239168, T.) ;
- d'un *droit de retrait*. Aucune retenue sur traitement ne peut être opérée, à moins que les agents s'étant retirés aient estimé à tort qu'une situation de travail présentait un danger grave et imminent pour leur vie ou leur santé¹³. Dans cette hypothèse, l'administration n'en doit pas moins motiver la décision opérant une retenue sur traitement (CE, 18 juin 2014, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme A...G...D et autres*, n° 369531, T.).
- d'une *suspension conservatoire dans le cadre de poursuites disciplinaires*, (art. 30 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

7 La rémunération des agents contractuels est en effet généralement fixée sur la base de ces dispositions législatives, telles que précitées par de nombreuses dispositions réglementaires. Si tel n'est pas le cas, l'administration dispose d'une large marge d'appréciation pour la fixer : le juge de l'excès de pouvoir se limite en effet à un contrôle de l'erreur manifeste sur ce point. L'administration doit toutefois tenir compte, entre autres critères, des fonctions confiées à l'agent et de la qualification requise pour les exercer (CE, 30 décembre 2013, *Mme Coste*, n° 348057, T.) (cf. la fiche n° 87 « La rémunération des agents contractuels »).

8 Art. 20 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

9 Pour la fonction publique d'État : art. 34 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 57 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 41 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

10 Art. 21 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, introduit par l'ordonnance n° 2017-53 du 19 janvier 2017.

11 Pour fonction publique territoriale : art. 59 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 45 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

12 Pour fonction publique territoriale : art. 99 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 89 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

13 Pour les fonctions publiques d'État et hospitalière : art. 5-6 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 ; pour la fonction publique territoriale : art. 5-1 du décret n° 85-603 du 10 juin 1985.



La principale difficulté relative à l'application de cette règle est celle de la caractérisation de l'absence de service fait

Si, dans certains cas, aucun doute n'est permis (par exemple en cas d'absences non justifiées ou lorsque l'agent présent est sur son lieu de travail mais n'exécute aucune de ses obligations), certaines hypothèses sont plus délicates à apprécier, principalement lorsque le service a été mal ou partiellement fait. La sensibilité de cette question a pu se mesurer à l'aune de la multiplication et du croisement des interventions du Conseil d'État¹⁴, du législateur¹⁵, puis du Conseil constitutionnel¹⁶.

Désormais, pour la fonction publique d'État, il n'y a pas service fait lorsque l'agent n'exécute pas tout ou partie des obligations de service qui s'attachent à sa fonction, quand bien même il effectuerait ses heures de service. Lorsqu'un agent refuse de se conformer à ses nouveaux horaires de travail et persiste à accomplir son service sur la base des anciens horaires, le Conseil d'État a jugé qu'était ainsi constituée une inexécution partielle des obligations de l'agent assimilable à une absence de service fait (CE, 26 juillet 2006, *France Télécom*, n° 273118, Inédit).

La jurisprudence du Conseil d'État a également précisé les modalités de calcul des retenues sur traitement

Le Conseil d'État a fixé une règle claire de calcul sans équivoque dans une décision de 1978 : en cas d'absence de service fait pendant plusieurs jours consécutifs, le décompte des retenues à opérer sur le traitement mensuel d'un agent public s'élève à autant de trentièmes qu'il y a de journées comprises du premier jour inclus au dernier jour inclus où cette absence de service fait a été constatée, même si, durant certaines de ces journées, cet agent n'avait aucun service à accomplir, pour quelque motif que ce soit (CE, 7 juillet 1978, *Sieur X...*, n° 03918, Rec.).

Cette règle dite du 30^{ème} *indivisible* trouve en particulier à s'appliquer en matière de grève, en ce qui concerne la fonction publique d'État. Pour les fonctionnaires d'État, la grève pendant une fraction quelconque de la journée donne lieu à une retenue égale au trentième du traitement mensuel¹⁷. Dans les deux autres fonctions publiques, la retenue est proportionnelle à la durée de la cessation du travail (comme pour les salariés, à l'exception de ceux des entreprises, organismes ou établissements publics ou privés chargés de la gestion d'un service public pour lesquels la retenue est un 1/160^e du traitement mensuel pour les grèves inférieures à une heure, 1/50^e pour les grèves de plus d'une heure et ne dépassant pas une demi-journée et 1/30^e pour les grèves de plus d'une demi-journée et qui n'excèdent pas une journée).

La jurisprudence *Sieur X...* est identique à ce que juge la Cour de cassation dans le cas de salariés de droit privé dont

En revanche, lorsque les obligations de service ont été intégralement accomplies et en l'absence de dispositions statutaires prévoyant des sujétions particulières, le refus d'exécuter des obligations supplémentaires, s'il expose à des sanctions disciplinaires, ne peut entraîner de retenue sur traitement (CE, 23 mai 2007, *France Télécom*, n° 287394, Rec.). Enfin, l'administration ne peut invoquer l'absence de service fait d'un agent qu'elle a « placardisé » (CE, 26 janvier 2007, *M. M. Arthur A.*, n° 282703, T.).

L'application de cette règle aux fonctions publiques territoriale et hospitalière ayant été censurée par le Conseil constitutionnel (CC, 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, n° 87-230 DC), ces dernières sont régies par les dispositions de la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 : le service imparfaitement fait peut donner lieu à une sanction disciplinaire mais ne peut entraîner une retenue sur traitement pour absence de service fait (CE, 19 octobre 2012, *Commune de Molsheim*, n° 329636, T.).

la rémunération est mensualisée : selon la jurisprudence constante de la chambre sociale, l'exercice de la grève entraîne la suspension du contrat de travail et donc la perte de la rémunération pendant toute la durée de la grève, y compris pour les jours où le salarié n'avait aucun service à assurer (Cass., Soc, 24 juin 1998, n° 96-44234, Bull. : la retenue est également appliquée à un jour férié inclus dans une période de grève).

Le raisonnement de la Cour de cassation est cependant fondé sur l'idée que l'exercice du droit de grève suspend l'exécution du temps de travail pendant toute la durée de l'arrêt de travail, de sorte que l'employeur est délié pendant la même période de l'obligation de payer le salaire. La suspension du contrat de travail implique ainsi que le salarié ne peut se prévaloir au titre de cette période des avantages qui lui sont attribués, par exemple pour les jours chômés et payés, par les accords collectifs et la loi, dès lors que ces avantages sont subordonnés à l'exécution du contrat de travail. Or, ces principes sont inapplicables aux fonctionnaires car ces derniers ne sont pas placés dans une situation contractuelle. Le statut du fonctionnaire est intégralement défini par des dispositions législatives et réglementaires : sa participation à une grève n'a pas pour effet de suspendre la relation de travail. Le Conseil d'État juge ainsi que la participation à une grève ne peut être regardée comme une rupture du lien avec le service constitutive d'un abandon de poste (CE, 7 juillet 1999, *Mme X...*, n° 191534, T. ; cf. la fiche n° 61 « L'abandon de poste »).

14 CE, Ass., 20 mai 1977, *Ministre de l'éducation nationale c/ M. Quinteau*, n° 01827, Rec., à propos d'enseignants ayant, en application de consignes syndicales, refusé d'accueillir plus de vingt-cinq élèves dans leur classe mais ayant assuré un enseignement pendant la totalité des heures qui leur étaient imparties.

15 Loi n° 77-826 du 22 juillet 1977 modifiant l'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961 ; loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 relative aux retenues pour absence de service fait par les personnels de l'État, des collectivités locales et des services publics et n° 87-588 du 30 juillet 1987 portant diverses mesures d'ordre social.

16 CC, 28 juillet 1987, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, n° 87-230 DC.

17 Ministère de la fonction publique, circulaire du 30 juillet 2003 relative à la mise en œuvre des retenues sur la rémunération des agents publics de l'État en cas de grève, *JORF* du 5 août 2003, p. 13299.



Par conséquent, le Conseil d'État a choisi de tempérer la portée de sa jurisprudence *Sieur X...* afin de déterminer comment doit être organisée la retenue sur traitement en application des dispositions législatives et réglementaires applicables au fonctionnaire et non en raison de la suspension de l'application de ces dispositions. Dans sa décision *Ministre de l'économie, des finances et de l'emploi c/ Mme A...* (CE, 27 juin 2008, n° 305350, Rec.), le Conseil d'État a ainsi jugé que si le décompte des retenues à opérer sur le traitement mensuel d'un agent public s'élevait en principe à autant de trentièmes qu'il y a de journées comprises du premier jour inclus au dernier jour inclus où l'absence de service fait a été constatée, l'application des règles de décompte des retenues sur le traitement mensuel d'un agent en grève ne saurait porter atteinte à son droit au congé annuel lorsque cet agent a été, préalablement au dépôt d'un préavis de grève, autorisé par son chef de service à prendre ses congés au cours d'une période déterminée.

La question de la retenue sur traitement à effectuer lorsqu'est en cause une grève est, de manière générale, celle qui nourrit le plus abondamment la jurisprudence du Conseil d'État, notamment lorsque sont en cause des corps de fonctionnaires dont les sujétions de service sont spécifiques. Ce qui peut donner lieu à des décisions jurisprudentielles d'une complexité et d'un raffinement peu communs.

La section du contentieux du Conseil d'État a ainsi statué sur le traitement de sapeurs-pompiers professionnels, dont le temps de travail est organisé sous forme de gardes. Elle a alors jugé que, à défaut de dispositions législatives applicables à ces agents qui précisent les modalités de calcul de la retenue sur traitement, le montant de celle-ci devait être proportionné à la durée de la grève, en comparant cette durée aux obligations de service auxquelles les intéressés étaient soumis pendant la période au cours de laquelle l'absence de service fait a été constatée et au titre de laquelle la retenue est opérée. Ainsi, dans le cas d'un agent qui assure son service sous la forme de gardes d'une durée de vingt-quatre heures suivies d'une période de repos, et dont le nombre total est fixé pour l'année alors que son traitement est liquidé mensuellement, il y a lieu, lorsque l'agent n'a pas accompli une ou plusieurs gardes de vingt-quatre heures auxquelles il était astreint, non pas de procéder à une retenue calculée par trentième de la part mensuelle de son traitement, mais de rapporter le nombre de gardes qu'il n'a pas accomplies au nombre moyen de gardes auquel l'intéressé est astreint chaque mois, établi sur la base de son obligation de service annuelle, et d'appliquer le rapport en résultant au montant mensuel du traitement auquel il a normalement droit (CE, Sect., 17 juillet 2009, *M. X...et autres*, n° 303588, Rec.).



FICHE N° 23 :

Le droit à la protection fonctionnelle

CE, Sect., 11 juin 2008, M. X..., n° 312700, Rec.



L'essentiel

L'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 prévoit que les administrations et les employeurs publics sont tenus d'assurer la protection de leurs agents qui sont victimes d'agression dans le cadre de leurs fonctions, de leurs mandats ou lors de condamnations civiles ou pénales. Le bénéfice de cette protection ne peut toutefois leur être accordé, en cas de poursuites civiles ou pénales, que dans la mesure où une faute personnelle détachable du service ne leur est pas imputable.



Les mots du juge

« Considérant que, lorsqu'un agent public est mis en cause par un tiers à raison de ses fonctions, il incombe à la collectivité publique dont il dépend de le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui, dans la mesure où une faute personnelle détachable du service ne lui est pas imputable, de lui accorder sa protection dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales, sauf s'il a commis une faute personnelle, et, à moins qu'un motif d'intérêt général ne s'y oppose, de le protéger contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont il est l'objet ; que ce principe général du droit a d'ailleurs été expressément réaffirmé par la loi, notamment en ce qui concerne les fonctionnaires et agents non titulaires par l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant statut général de la fonction publique, et par les articles L. 2123-34, L. 2123-35, L. 3123-28, L. 3123-29, L. 4135-28 et L. 4135-29 du code général des collectivités territoriales, s'agissant des exécutifs des collectivités territoriales ; que cette protection s'applique à tous les agents publics, quel que soit le mode d'accès à leurs fonctions »

(CE, Sect., 11 juin 2008, M. X... n° 312700, Rec.)



Commentaire

Le principe général de la protection fonctionnelle a été dégagé de manière jurisprudentielle afin de faciliter la prise en charge des condamnations civiles des agents publics (CE, Sect., 26 avril 1963, *Centre hospitalier régional de Besançon*, Rec.). Il est désormais consacré par l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983¹⁸ qui prévoit que les administrations et les employeurs publics sont tenus d'assurer la protection de leurs agents qui sont victimes d'agressions dans le cadre de leurs fonctions, de leurs mandats ou lors de condamnations civiles ou pénales¹⁹. Les membres des exécutifs des collectivités territoriales

bénéficient de dispositions spécifiques codifiées sous les articles L. 2123-34, L. 2123-35, L. 3123-28, L. 3123-29, L. 4135-28 et L. 4135-29 du code général des collectivités territoriales.

Cette protection comporte trois composantes : une *protection matérielle*, au besoin avec l'aide des services de police, pour prévenir les attaques et menaces dont un fonctionnaire et sa famille peuvent faire l'objet ; la *réparation des préjudices subis* par de telles attaques dans l'exercice des fonctions et l'assistance juridique ; la *défense*

¹⁸ On se reportera également à la circulaire du 5 mai 2008 relative à la protection fonctionnelle des agents publics de l'État et aux articles 20 et suivants de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, ainsi qu'aux textes sectoriels régissant la situation de certains fonctionnaires, tel que l'article L. 6152-4 du code de la santé publique en ce qui concerne les médecins, odontologistes et des pharmaciens de la fonction publique hospitalière.

¹⁹ On soulignera que, lorsqu'un agent public exerce simultanément ses fonctions dans plusieurs collectivités publiques, la collectivité publique à laquelle il incombe d'assurer sa protection fonctionnelle est celle dans laquelle il exerce les fonctions au titre desquelles il a fait l'objet de condamnations civiles ou de poursuites pénales (CE, M. A..., 5 avril 2013, n° 349115, inédit)



d'un agent lorsqu'il est mis en cause à raison du service devant les juridictions pénales, sauf s'il s'agit d'une faute personnelle détachable du service .

Cette notion a fait l'objet d'une jurisprudence abondante du Conseil d'État depuis quelques années. Deux décisions sont venues préciser les faits susceptibles d'ouvrir le bénéfice de la protection fonctionnelle. La décision *Nicolas* (CE, 17 mars 2008, n° 280813, Inédit) a ainsi jugé que les attaques subies par l'agent public devaient avoir le caractère d'une mise en cause personnelle. Par la décision *Commune de Hœnheim* (CE, 12 mars

2010, n° 308974, T.), le Conseil d'État a ensuite précisé que des agissements répétés de harcèlement moral peuvent permettre à un agent public qui en est l'objet d'obtenir la protection fonctionnelle. En cas de refus opposé par l'administration, l'intéressé qui conteste cette décision doit soumettre au juge des éléments de faits susceptibles d'en faire présumer l'existence, à charge pour l'administration de produire, en sens contraire, une argumentation de nature à démontrer que les agissements en cause sont justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement (CE, 23 décembre 2014, *M. B...A...*, n° 358340, T.).

Le droit de tout agent public de bénéficier de la protection fonctionnelle

Le Conseil d'État avait consacré un principe général du droit pour tout agent public à bénéficier de la protection fonctionnelle en cas de mise en cause par un tiers à raison de ses fonctions, notamment en cas de poursuites pénales (CE, Sect., 26 avril 1963, *Centre hospitalier régional de Besançon*, Rec.).

Dans la décision *X...*(CE, Sect., 8 juin 2011, n° 312700, Rec.), il élargit le champ de la protection fonctionnelle « à tous les agents publics, quel que soit le mode d'accès à leurs fonctions », ainsi par exemple le président élu d'une chambre consulaire dont le personnel n'est pas couvert par le statut général de la fonction publique (cf. la fiche n° 1 « La situation statutaire du fonctionnaire »). Outre les agents publics – titulaires, stagiaires et contractuels –, bénéficient de la protection fonctionnelle :

- les collaborateurs bénévoles du service public (CE, 27 octobre 1961, *Caisse primaire de sécurité sociale de Mulhouse c/ M. Kormann*, Rec.) ;
- les collaborateurs occasionnels du service public (CE, 13 janvier 2017, *M. M. A...B*, n° 386799, Rec.) ;
- les praticiens hospitaliers (CE, 26 juillet 2011, *Mme A...*, n° 336114, T. sur un autre point et CE, 30 juin 2017, *Centre hospitalier de Longjumeau*, n° 396908, T. ; désormais, ces agents bénéficient de la protection fonctionnelle en vertu d'une disposition spéciale introduite par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 à l'article L. 6152-4 du code de la santé publique) ;
- les magistrats judiciaires, compte tenu que la loi organique est silencieuse sur ce point et qu'aucun principe n'y fait obstacle (CE, 11 mai 2015, *Ministre de la justice c/ M. A...*, n° 372359, Rec.) ;

Les conditions dans lesquelles l'administration peut refuser l'octroi de la protection fonctionnelle

Les dispositions de l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 visent, d'une part, les poursuites civiles et pénales et, d'autre part, « les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, les violences, les agissements constitutifs de harcèlement, les menaces, les injures, les diffamations ou les outrages ».

Par menaces et attaques, la jurisprudence entend notamment des actes physiques ou des propos, des articles diffamatoires. Dans une décision *Commune de Cannes* (CE, 21 octobre 2013, n° 364098, T.), le Conseil d'État a ainsi jugé que le différénd qui oppose l'administration à un agent qu'elle emploie et qui est relatif à l'imputabilité au service des tentatives de suicide de ce dernier ne constitue pas

- les agents non-titulaires de l'État recrutés à l'étranger, alors même que leur contrat est soumis au droit local (CE, 1^{er} février 2019, n° 421694, Rec.).

En revanche, le Conseil d'État n'a pas eu à étendre le bénéfice de la protection fonctionnelle aux militaires auxquels s'appliquent des dispositions spécifiques (art. L. 4123-10 du code de la défense, précisé par le décret n° 2014-920 du 19 août 2014).

Plusieurs décisions sont ensuite venues préciser les contours de ce champ d'application. Ainsi, la circonstance que la personne qui demande le bénéfice de la protection fonctionnelle a perdu la qualité d'agent public à la date de la décision statuant sur cette demande est sans incidence sur l'obligation de protection qui incombe à la collectivité publique qui l'employait à la date des faits en cause (CE, 26 juillet 2011, *Mme A...*, n° 336114, T.). Il en va de même lorsqu'un agent est placé en congé de longue durée, dès lors que les agissements dont il a été victime sont en lien avec l'exercice passé de ses fonctions (CE, 16 mai 2012, *M. Poncet*, n° 340278, Inédit).

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, elle peut en outre être accordée, à leur demande, au conjoint, au concubin ou au partenaire lié par un pacte civil de solidarité qui engage une instance civile ou pénale contre les auteurs d'atteintes volontaires à la vie du fonctionnaire du fait des fonctions exercées par celui-ci. En l'absence d'action engagée par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité, la protection peut être accordée aux enfants ou, à défaut, aux ascendants directs du fonctionnaire qui engage une telle action.

une menace ou une attaque au sens des dispositions de l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. Dès lors, il n'entre pas dans le champ de la protection fonctionnelle que cet article instaure.

Le Conseil d'État a repris cette distinction – entre poursuites pénales et civiles d'une part et menaces et attaques d'autre part – dans sa décision *X...*(CE, Sect., 8 juin 2011, n° 312700, Rec.) en différenciant les motifs pour lesquels l'administration peut refuser le bénéfice de la protection fonctionnelle à un agent.

Lorsque l'agent est victime de menaces, violences, voies de fait, diffamations ou outrages, l'administration ne peut



opposer un refus que pour un motif d'intérêt général. Si elle peut éventuellement retenir comme motif d'intérêt général le caractère manifestement dépourvu de toute chance de succès d'une action en justice pour retenir d'autres modalités de protection, la protection par voie juridictionnelle ne saurait être refusée s'il s'agit d'une question relative à l'application de la loi (CE, 31 mars 2010, *Ville de Paris*, n° 318710, Rec.). En outre, les faits dont se prévaut l'agent pour obtenir le bénéfice de la protection fonctionnelle doivent être en lien avec l'exercice de ses fonctions. C'est à cette condition que, par exemple, un agent public peut demander à bénéficier de la protection fonctionnelle pour des faits survenus à une date à laquelle il participait à un mouvement de grève (CE, 22 mai 2017, *Commune de Sète*, n° 396453, Rec.).

Lorsque l'agent fait l'objet de poursuites pénales ou civiles, l'administration ne peut opposer un refus que si elle estime, en fonction des éléments dont elle dispose, que l'agent a commis une faute personnelle détachable de l'exercice de ces fonctions. Présentent un tel caractère :

- la faute d'un agent de l'État qui, eu égard à sa nature, aux conditions dans lesquelles elle a été commise, aux objectifs poursuivis par son auteur et aux fonctions exercées par celui-ci est d'une particulière gravité (CE, 11 mai 2015, *Ministre de la justice c/ M. A ...*, n° 372359, Rec.) ;
- des faits qui révèlent des préoccupations d'ordre privé, qui procèdent d'un comportement incompatible avec les obligations qui s'imposent dans l'exercice de fonctions publiques ou qui, eu égard à leur nature et aux conditions dans lesquelles ils ont été commis, revêtent une particulière gravité. Tel est le cas d'un maire qui a fait acquérir par la commune deux voitures de sports, les a employées à des fins privées tout en mettant les frais de carburant à la charge de la commune (CE, 30 novembre 2015, *Commune de Roquebrune-sur-Argens*, n° 391798, T.) ; ou bien encore le maire qui, pour critiquer la présence d'un campement de personnes d'origine rom sur le territoire communal, a employé des termes qui, eu égard à leur nature et à leur

gravité, procèdent d'un comportement incompatible avec les obligations lui incombant dans l'exercice de ses fonctions publiques (CE, 30 novembre 2015, *Commune de Roquebrune-sur-Argens*, n° 391800, T.).

L'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 prévoit en outre que les tiers ne peuvent engager la responsabilité civile du fonctionnaire devant les juridictions judiciaires pour une *faute commise dans l'exercice de ses fonctions*, c'est-à-dire pour une faute qui, par ailleurs, est susceptible de donner lieu au bénéfice de la protection fonctionnelle (cf. la fiche n° 34 « Les actions récursoires de l'agent et de son administration »). Les tiers doivent, en cette hypothèse, rechercher la responsabilité de la personne publique employant l'agent public en cause. Il en va différemment en cas de *faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions*, dont le caractère fait alors obstacle au bénéfice de la protection fonctionnelle. Toutefois, lorsque le fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable au fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui.

Une fois accordée, l'autorité administrative peut décider de mettre fin au bénéfice de la protection fonctionnelle si elle constate, à la lumière d'éléments nouvellement portés à sa connaissance, que les conditions n'étaient pas réunies ou ne le sont plus, notamment si ces éléments permettent de révéler l'existence d'une faute personnelle ou que les faits allégués à l'appui de la demande de protection ne sont pas établis (CE, Sect., 14 mars 2008, *M. A...*, n° 283943, Rec.). Si, par exemple, une décision juridictionnelle non définitive ne retenait pas la qualification de harcèlement ne suffit pas, par elle-même, à justifier qu'il soit mis fin à la protection fonctionnelle, l'autorité administrative peut, néanmoins, réexaminer sa position et mettre fin à la protection si elle estime que les éléments révélés par l'instance permettent de regarder les agissements de harcèlement allégués comme n'étant pas établis (CE, 1^{er} octobre 2018, n° 412897, T.).



FICHE N° 24 :

La protection contre le harcèlement

CE, 12 mars 2010, *Commune de Hœnheim*, n° 308974, T. CE, Sect., 11 juillet 2011, *Mme B...A...*, n° 321225, Rec.

CE, 15 janvier 2014, *La Poste*, n° 362495, Rec.



L'essentiel

Des évolutions législatives récentes ont consacré dans la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 un droit à la protection des agents publics contre le harcèlement sexuel et le harcèlement moral. En outre, la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a intégré dans le statut général des fonctionnaires la protection contre les agissements sexistes (art. 6 bis), et la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 a renforcé dans le statut général les obligations des employeurs en termes de prévention et de traitement des violences, des discriminations, du harcèlement moral ou sexuel et des agissements sexistes (art. 6 *quarter* A pour la mise en place d'un dispositif de signalement et 6 *septies* pour la mise en œuvre d'un plan d'action). Cette dernière loi a ajouté au nombre des discriminations prohibées par le statut de la fonction publique celles fondées sur la grossesse à celles fondées sur la situation de famille (art. 6) ou le sexe (art. 6 bis). Les contours de cette protection ont été en partie précisés par la jurisprudence, en particulier en ce qui concerne les modalités de la charge de la preuve et les préjudices susceptibles d'être réparés lorsque le juge estime que les faits de harcèlement sont établis.



Les mots du juge

« Considérant, en quatrième lieu, qu'en jugeant que la circonstance que Mme X... se trouvait en congé de maladie lors de la présentation de sa demande tendant à l'obtention de la protection fonctionnelle prévue par ces dispositions n'excluait pas qu'il fût fait droit à cette demande, dès lors que des démarches adaptées à la nature et à l'importance des agissements contre lesquels cette protection était sollicitée pouvaient encore être mises en œuvre par la Commune de Hœnheim, la cour n'a entaché son arrêt d'aucune erreur de droit »

(CE, 12 mars 2010, *Commune de Hœnheim*, n° 308974, T.)

« Considérant, d'une part, qu'il appartient à un agent public qui soutient avoir été victime d'agissements constitutifs de harcèlement moral, de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer l'existence d'un tel harcèlement ; qu'il incombe à l'administration de produire, en sens contraire, une argumentation de nature à démontrer que les agissements en cause sont justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si les agissements de harcèlement sont ou non établis, se détermine au vu de ces échanges contradictoires, qu'il peut compléter, en cas de doute, en ordonnant toute mesure d'instruction utile ; (...) d'autre part, que, pour apprécier si des agissements dont il est allégué qu'ils sont constitutifs d'un harcèlement moral revêtent un tel caractère, le juge administratif doit tenir compte des comportements respectifs de l'agent auquel il est reproché d'avoir exercé de tels agissements et de l'agent qui estime avoir été victime d'un harcèlement moral ; qu'en revanche, la nature même des agissements en cause exclut, lorsque l'existence d'un harcèlement moral est établie, qu'il puisse être tenu compte du comportement de l'agent qui en a été victime pour atténuer les conséquences dommageables qui en ont résulté pour lui ; que le préjudice résultant de ces agissements pour l'agent victime doit alors être intégralement réparé »

(CE, Sect., 11 juillet 2011, *Mme B...A...*, n° 321225, Rec.)

« Considérant que la cour administrative d'appel de Douai a relevé qu'il ressortait des pièces du dossier et notamment des différents témoignages d'agents ayant côtoyé M. X... dans ses fonctions de chef d'équipe que ce dernier s'était comporté de manière très familière avec plusieurs agents fémi-



nins placés sous son autorité ; qu'en particulier, l'un de ces agents, affecté au guichet, avait fait l'objet d'attentions particulières et subi des propos et des gestes déplacés et réitérés malgré ses refus, sur une période de plus de dix ans, qui n'avait été interrompue que par un congé parental pris par cet agent ; (...) qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 6 ter de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 que la cour administrative d'appel de Douai ne pouvait juger, sans commettre une erreur de qualification juridique, que quoique fautifs, ces faits, dont elle estimait la réalité établie, n'étaient pas constitutifs de harcèlement sexuel »

(CE, 15 janvier 2014, *La Poste*, n° 362495, Rec.)



Commentaire

La protection contre toute forme de harcèlement sur le lieu de travail est l'une des composantes du droit à protection que l'administration est tenue de garantir à ses agents et qui recouvre de nombreuses réalités : elle vaut contre les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, les violences, les menaces, les injures, les diffamations ou les outrages dont les fonctionnaires peuvent être victimes du fait de leurs fonctions²⁰.

L'employeur public est, en outre, tenu d'accorder sa protection à l'agent public (ou à l'ancien agent public) lorsqu'il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle (cf. la fiche n° 23 « Le droit à la protection fonctionnelle »). L'agent à qui sont imputés des faits constitutifs de harcèlement

peut être suspendu par une mesure qui, n'ayant d'autre objet que celui de rétablir le fonctionnement normal du service public, ne présente ni le caractère d'une sanction disciplinaire (même si une procédure disciplinaire est engagée concomitamment), ni le caractère d'une décision prise en considération de la personne qui, de ce fait, obligerait l'administration à respecter le principe du contradictoire. Une telle mesure est légale pour autant qu'elle est motivée par des faits présentant un caractère vraisemblable, l'administration étant tenue de l'abroger si des éléments nouveaux parvenant à sa connaissance, le cas échéant dans le cadre d'une instance juridictionnelle, faisaient apparaître que la condition tenant à la vraisemblance des faits qui en sont à l'origine n'est plus satisfaite (CE, 18 juillet 2018, n° 418844, Rec.).

Le harcèlement sexuel

La loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes a apporté différentes modifications à la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. Depuis cette date, l'article 6 ter du statut général vise en particulier à protéger les fonctionnaires et les agents publics contractuels contre le harcèlement sexuel. Aucune mesure les concernant, de quelque nature qu'elle soit (rémunération, notation, promotion, affectation, mutation, sanction disciplinaire, etc.) ne peut être prise à leur égard en prenant en considération le fait qu'ils auraient subi des agissements de harcèlement sexuel, auraient témoigné de tels ou en auraient fait état à leur hiérarchie. La loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel a quant à elle précisé la définition du harcèlement sexuel à la suite de la censure de l'article 222-33 du code pénal par le Conseil constitutionnel

(CC, 4 mai 2012, *M. Gérard D.*, n° 2012-240 QPC) pour insuffisance de définition de ses éléments constitutifs. La loi mentionne désormais les faits « de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante » et les faits « assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers » (article 6 ter de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983). La même définition a été retenue par le Conseil d'État s'agissant de faits antérieurs à cette loi (CE, 15 janvier 2014, *La Poste*, n° 362495, Rec.)

Les agissements sexistes

L'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, modifié par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, prévoit que « *Aucun fonctionnaire ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout*

agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.

Le harcèlement moral

C'est la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale qui a introduit dans la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 une protection de même nature que pour le harcèlement sexuel contre les faits de harcèlement moral (nouvel art. 6

quinquies de ladite loi). Ce dernier y est défini comme des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail de l'agent susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer



²⁰ Cf. le *Guide de prévention et de traitement des situations de violences et de harcèlement dans la fonction publique*.

sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. Ces dispositions ont consacré une protection qu'avait déjà reconnue la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 24 novembre 2006, *Mme A...*, n° 256313, Rec.). L'auteur de harcèlement moral est passible d'une sanction disciplinaire (principe étendu aux agents ne relevant pas du statut général de la fonction publique, en l'occurrence les agents des chambres consulaires : CE, 21 novembre 2014, *Chambre de commerce et d'industrie Nice-Côte d'Azur*, n° 375121, T.). Le juge des référés du Conseil d'État a jugé que le droit de ne pas être soumis à un harcèlement moral est une liberté fondamentale au sens de la procédure de référé- liberté, prévue à l'article L. 521-2 du CJA (JRCE, 19 juin 2014, *Commune du Castellet*, n° 381061, T.).

Par sa décision *Mme B...A...* de 2011 le Conseil d'État a par ailleurs précisé le régime de la preuve et l'office du juge administratif saisi d'agissements constitutifs de harcèlement moral (CE, Sect., 11 juillet 2011, n° 321225, Rec.).

Ainsi, en ce qui concerne la charge de la preuve, il a jugé qu'il appartenait à un agent public soutenant avoir été victime d'agissements constitutifs de harcèlement moral de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer l'existence d'un tel harcèlement. Il a indiqué qu'il incombait ensuite à l'administration de produire, en sens contraire, une argumentation de nature à démontrer

que les agissements en cause étaient justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement. La conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si les agissements de harcèlement sont ou non établis, se détermine au vu de ces échanges contradictoires, qu'il peut compléter, en cas de doute, en ordonnant toute mesure d'instruction utile.

Par la même décision de 2011, le Conseil d'État a précisé que pour apprécier si des agissements sont constitutifs d'un harcèlement moral, le juge administratif devait tenir compte des comportements respectifs de l'agent auquel il est reproché d'avoir exercé de tels agissements et de celui qui estime en avoir été victime. En revanche, la nature même des agissements en cause exclut, lorsque l'existence d'un harcèlement moral est établie, qu'il puisse être tenu compte du comportement de l'agent qui en a été victime pour atténuer les conséquences dommageables qui en ont résulté pour lui. Cette absence de partage de responsabilité impose aux juges une qualification rigoureuse du harcèlement moral. Le préjudice résultant de ces agissements pour l'agent victime doit alors être intégralement réparé : ce dernier a droit à l'indemnisation de son préjudice moral comme de son préjudice matériel (CE, 22 février 2012, *Chambre régionale d'agriculture Provence-Alpes-Côte d'Azur*, n° 343410, T.). La circonstance que les faits soient intervenus sur une période relativement brève ne fait pas obstacle à ce que la qualification de harcèlement moral soit retenue, (CE, 12 octobre 2016, n° 384687, Inédit).

La protection fonctionnelle

Des agissements répétés de harcèlement moral peuvent permettre à l'agent public qui en est l'objet d'obtenir la protection fonctionnelle prévue par les dispositions de l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée. Le fait que l'agent public qui demande le bénéfice de la protection fonctionnelle se trouve en congé de maladie lors de la présentation de sa demande n'exclut pas qu'il y soit fait droit, dès lors que des démarches adaptées à la nature et à l'importance des agissements contre lesquels cette protection est sollicitée peuvent encore être mises en œuvre (CE, 12 mars 2012, *Commune de Hoenheim*, n° 308974, T.). Lorsqu'un agent conteste devant le juge la décision lui refusant le bénéfice de la protection fonctionnelle, la caractérisation d'une situation de harcèlement

moral suit le régime de preuve dégagé par la décision *Mme B...A...*, (CE, 23 décembre 2014, n° 358340, T.).

Il faut par ailleurs rappeler que l'article 23 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 prévoit que « *Des conditions d'hygiène et de sécurité de nature à préserver leur santé et leur intégrité physique sont assurées aux fonctionnaires durant leur travail.* » et que, selon l'article 40 du code de procédure pénale, « *Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.* »

Les dispositifs de prévention

La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 prévoit, dans sa version issue de la loi du 6 août 2019, la mise en place de deux dispositifs de prévention.

Ainsi, l'article 6 *quarter* A prévoit que : « *Les administrations, collectivités et établissements publics [...] mettent en place un dispositif de signalement qui a pour objet de recueillir les signalements des agents qui s'estiment victimes d'un acte de violence, de discrimination, de harcèlement moral ou sexuel ou d'agissements sexistes et de les orienter vers les autorités compétentes en matière d'accompagnement, de soutien et de protection des victimes et de traitement des faits signalés.* » Ce dispositif permet également de recueillir les signalements de témoins.

De son côté, l'article 6 *septies* prévoit que, d'ici le 31 décembre 2020 : « *L'État et ses établissements publics administratifs, les collectivités territoriales et établissements publics de coopération intercommunale de plus de 20 000 habitants ainsi que les autres établissements publics [...] [de] la fonction publique hospitalière élaborent et mettent en œuvre un plan d'action pluriannuel.* ». Ce plan d'action comporte au moins des mesures visant à prévenir et traiter les discriminations, les actes de violence, de harcèlement moral ou sexuel ainsi que les agissements sexistes. Les instances de dialogue social sont consultées sur ce plan d'action. L'absence d'élaboration du plan d'action ou son non renouvellement peut être sanctionné par une pénalité dont le montant ne peut excéder 1 % de la rémunération brute annuelle globale de l'ensemble des personnels.



FICHE N° 25 :

Le droit d'accès au dossier

CE, 17 janvier 1973, *Sieur X...*, n° 81441, Rec.



L'essentiel

Le statut général de la fonction publique prévoit que tout fonctionnaire a accès à son dossier individuel (art. 18 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983). Ce droit découle également de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, désormais codifiée au sein du CRPA. Un agent public peut ainsi obtenir la communication de tous les documents produits par l'administration à son sujet, un droit qu'est également venu protéger la jurisprudence.



Les mots du juge

« Considérant, d'une part, qu'en raison de la nature de l'emploi de secrétaire général de la défense nationale qu'occupait le sieur X... le gouvernement pouvait à tout moment, même en l'absence d'une faute de nature à motiver une sanction disciplinaire, décider de mettre fin à ses fonctions ; que, si la décision attaquée, qui est fondée sur des motifs touchant à la personne du sieur X..., ne pouvait légalement être prise sans que les formalités prévues à l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 aient été observées, il ressort des pièces du dossier que le requérant, à qui le 29 décembre 1969, le ministre d'État chargé de la défense nationale a fait des observations sur sa manière de servir et qui, le 31 décembre suivant, a été suspendu de ses fonctions, a été mis en temps utile en mesure de demander la communication de son dossier ; que le sieur X... n'est, par suite, pas fondé à soutenir que la procédure aurait été irrégulière »

(CE, 17 janvier 1973, *Sieur X...*, n° 81441, Rec.)



Commentaire

Les contours du droit d'accès au dossier d'un agent public

La communication de son dossier à un agent public fait l'objet d'une jurisprudence très ancienne, qui prend racine dans les dispositions de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 portant fixation du budget des dépenses et des recettes de l'exercice 1905, encore en vigueur aujourd'hui : « *Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employés et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalétiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardé dans leur avancement à l'ancienneté* ».

Le Conseil d'État a paradoxalement fait application de ces dispositions, dans une des premières affaires relatives à l'accès d'un fonctionnaire à son dossier administratif, pour les écarter, en raison des circonstances particulières de la Première Guerre mondiale. Il a ainsi été jugé que la décision par laquelle le président de la République avait décidé que l'application de l'article 65 de la loi du

22 avril 1905 précitée serait suspendue pendant la durée des hostilités n'avait pas outrepassé les droits qu'il tenait des lois constitutionnelles, à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait, à cette époque, les pouvoirs publics (CE, 28 juin 1918, *Sieur Heyriès*, n° 63421, Rec.).

La jurisprudence postérieure du Conseil d'État est venue consacrer un droit d'accès au dossier administratif pour les agents publics, dès lors qu'intervient une mesure prise en considération de la personne (CE, 20 janvier 1967, *Sieur Jarry et autre*, n° 65078, T. ; confirmé par : CE, 17 janvier 1973, *Sieur X...*, n° 81441, Rec.). Un fonctionnaire qui n'a pas été mis à même d'accéder à son dossier avant l'adoption d'une telle mesure se voit ainsi privé d'une garantie au sens de la jurisprudence *Danthony* (CE, Ass., 23 décembre 2011, n° 335033, Rec.) et est fondé à en demander l'annulation (CE, 31 janvier 2014, *Mme A...B...*, n° 369718, T.). Cependant, une décision n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours du seul fait qu'elle est prise en considération de la personne. En effet,



elle peut présenter les caractères d'une mesure d'ordre intérieur et ainsi échapper au contrôle du juge (CE, Sect., 25 septembre 2015, *Mme B...*, n° 372624, Rec. ; cf. la fiche n° 93 « Les mesures d'ordre intérieur »).

C'est toutefois la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 qui a consacré un droit d'accès à son dossier pour tout agent public, en toute circonstance. Le dossier d'un agent public présente ainsi le caractère d'un document administratif communicable à cet agent sur le fondement de l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, devenu l'article L. 311-6 du CRPA (CE, 11 juillet 1988, *M. Alain X...*, n° 59576, Rec.). L'agent public est regardé comme une personne intéressée au sens de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, c'est-à-dire une personne dont il est question dans le document qui est demandé.

Toutefois, ce droit d'accès fondé sur une loi d'application générale s'efface si une procédure disciplinaire est engagée. En ce cas, seules les dispositions de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 ou les lois statutaires applicables à l'intéressé régiront l'accès de l'agent à son dossier²¹ (CE, 27 janvier 1982, *Mme X...*, n° 29738, Rec.). Le Conseil d'État a rappelé que les dispositions du troisième alinéa de l'article 19 de la loi du 13 juillet 1983 impliquent notamment qu'il soit

fait droit à la demande de communication de son dossier à l'agent concerné par une procédure disciplinaire, dès lors que cette demande est présentée avant que l'autorité disposant du pouvoir de sanction ne se prononce (CE 25 juill. 2013, *M. A... B...*, n° 360899). La Commission d'accès aux documents administratifs s'estime incompétente pour se prononcer sur une demande d'accès au dossier d'un agent lorsque cette demande est faite par l'agent dans le cadre d'une procédure disciplinaire à son encontre, cette procédure suspendant provisoirement l'application des dispositions du livre III du CRPA.

L'administration peut reporter la communication d'un document s'il est inachevé ou préparatoire à une décision, en application des dispositions de l'article L. 311-2 du CRPA (ancien art. 2 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978). Cependant, s'agissant des pièces de nature médicale (dossier médical, rapports d'expertises, etc.), le caractère préparatoire du document ne saurait être invoqué pour refuser, même temporairement, la communication à l'intéressé. En effet, le droit à l'information médicale de l'agent est alors fondé sur les dispositions de l'article L. 1111-7 du code de la santé publique, qui prime sur toute autre considération liée au statut des fonctionnaires.

Les modalités de communication du dossier de l'agent

Lorsque l'administration est tenue de donner accès à son dossier à un agent public, elle doit le faire dans un délai suffisant, sans quoi ce dernier peut demander une indemnité pour le préjudice qui résulterait pour lui de la non-communication du dossier (CE, 16 février 1966, *Sieur Torrès*, n° 60209, Rec.). Ainsi, le Conseil d'État a pu juger qu'un délai de deux jours suffisait à un agent pour prendre connaissance de son dossier avant sa convocation devant son autorité hiérarchique dans le cadre d'une procédure disciplinaire, dès lors que cet agent était informé des faits qui lui étaient reprochés (CE, 3 juillet 1981, *Mme X...*, n° 16496, Rec.).

Le droit à la communication du dossier comporte également pour l'agent intéressé celui d'en prendre copie, à moins que sa demande ne présente un caractère abusif. Toutefois, les dispositions prévoyant l'obligation pour l'administration, dans le cadre d'une procédure disciplinaire, d'informer l'intéressé de son droit à communication du dossier n'imposent pas à l'administration d'informer l'agent de son droit à prendre copie de son dossier (CE, 2 avril 2015, *Commune de Villecerf*, n° 370242, T.).

Le dossier géré sur support électronique

Le dernier alinéa de l'article 18 de la loi du 13 juillet 1983 prévoit depuis la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 que : « Dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, le dossier du fonctionnaire peut être géré sur support électronique s'il présente les garanties prévues par les alinéas précédents ».

Le contenu du dossier est, en principe, le dossier administratif de la gestion de la carrière de l'agent (affectation, détachement, évaluation, sanctions, etc.) complété des pièces que l'administration juge utile de conserver pour la gestion des personnels. Lorsque la communication intervient dans le cadre d'une procédure disciplinaire, l'agent doit avoir accès à un dossier qui contienne également les pièces qui fondent les griefs qui lui sont reprochés (CE, 20 janvier 1975, *Sieur Louis Peigne*, n° 92836, Rec.).

Si un agent n'est pas recevable à demander l'annulation des décisions par lesquelles l'autorité administrative accepte ou refuse de faire enregistrer, classer et numéroter les pièces de son dossier, ou de les compléter, dans la mesure où elles ne lui font pas grief par elles-mêmes, il est en revanche recevable à demander au juge administratif l'annulation de la décision par laquelle l'administration refuserait de procéder au retrait de son dossier des pièces qui, selon lui, ne peuvent légalement y figurer (CE, 25 juin 2003, *Mme X...*, n° 251833 ; CE, 21 octobre 2009, *M. Michel A*, n° 312628, Rec.). Enfin, l'agent public qui souhaite accéder à son dossier peut, même lorsqu'aucune procédure disciplinaire n'est engagée à son encontre, se faire accompagner d'un tiers (CE, 11 juillet 1988, *M. Alain X...* n° 59576, Rec.).

Les articles 11 et suivants du décret du 15 juin 2011 relatif au dossier individuel des agents publics et à sa gestion sur support électronique fixent les modalités spécifiques de consultation du dossier géré sur support électronique. Doivent ainsi être communiquées aux agents les coordonnées de l'autorité administrative ou territoriale auprès de laquelle ils peuvent exercer leurs droits d'accès et

²¹ Pour les fonctionnaires : art. 19 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ; pour les agents contractuels de l'État : art. 44 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour les agents contractuels territoriaux : art. 37 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour les agents contractuels hospitaliers : art. 40 du décret n° 91-155 du 6 février 1991.



de rectification. La consultation du dossier sur support électronique a lieu par affichage sur écran des documents sous une forme accessible (article 12). L'agent obtient, à sa demande, une copie de tout ou partie des éléments de son dossier géré sur support électronique par transmission des documents correspondants à son adresse électronique professionnelle nominative ou par remise d'un support

numérique ou par remise d'une copie sur support papier conforme à l'original (article 14).

L'arrêté du 21 décembre 2012 relatif à la composition du dossier individuel des agents publics gérés sur support électronique a fixé la nomenclature précise des pièces pouvant être versées au dossier électronique.



FICHE N° 26 :

L'obligation de réserve

CE, 12 janvier 2011, M. Jean-Hugues A..., n° 338461, Rec.



L'essentiel

Les agents publics sont tenus à une obligation de réserve, qui leur impose de faire preuve de modération dans l'expression de leurs opinions.



Les mots du juge

« Considérant que les interventions médiatiques reprochées à M. Jean-Hugues A..., critiquant directement la politique d'organisation des deux grands services français dédiés à la sécurité publique au moment même où celle-ci était en débat devant le Parlement, excédaient les limites que les militaires doivent respecter en raison de la réserve à laquelle ils sont tenus à l'égard des autorités publiques ; qu'elles sont ainsi de nature à justifier le prononcé de l'une des sanctions disciplinaires prévues par les articles L. 4137-1 et L. 4137-2 du code de la défense ; que ni la circonstance que l'intéressé collabore, avec l'accord de sa hiérarchie, à des travaux du Centre national de la recherche scientifique, qualité qui ne lui confère pas le statut de chercheur et ne lui permet en tout état de cause pas de se prévaloir de la liberté d'expression reconnue aux universitaires, ni celle qu'il occuperait un rang modeste dans la hiérarchie militaire ne sauraient l'exonérer de sa responsabilité quant aux propos ainsi tenus » (CE, 12 janvier 2011, M. M. Jean-Hugues A..., n° 338461, Rec.)



Commentaire

M. M. Jean-Hugues A..., chef d'escadron de la gendarmerie nationale, avait été radié des cadres à titre disciplinaire en raison des propos qu'il avait tenus lors d'une émission radiophonique et dans un article publié par un site

internet d'information sur le sujet du rattachement de la gendarmerie au ministère de l'intérieur. Le Conseil d'État a estimé que le principe d'une sanction était justifié par le manquement de l'intéressé à son obligation de réserve.

L'obligation de réserve est un principe reconnu par la jurisprudence

La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 reconnaît la liberté d'opinion des fonctionnaires, mais elle ne consacre pas explicitement une obligation de réserve. C'est la jurisprudence rendue en matière disciplinaire qui l'a dégagée pour l'ensemble des agents publics, en la désignant expressément sous le vocable de « réserve » à partir de 1935 (à propos d'un employé de bureau en poste en Tunisie, CE,

Sect., 11 janvier 1935, *Sieur Bouzanquet*, Rec. ; à propos de secrétaires généraux de mairie qui avaient critiqué leur municipalité dans la presse locale, CE, Sect., 10 février 1939, *Ville de Saint-Maurice*, Rec. et CE, 11 juillet 1939, *Ville d'Armentières*, Rec.). Néanmoins, certains textes particuliers mentionnent expressément cette obligation de réserve²².

Cette obligation est une limite à la liberté d'opinion des fonctionnaires

L'obligation de réserve signifie que les agents publics doivent manifester leurs opinions avec retenue et faire preuve de modération dans leur comportement et leur expression. Elle n'empêche donc nullement les agents

d'avoir des opinions et de les exprimer ; elle impose seulement une certaine pondération. Cette obligation est un corollaire du principe de neutralité de l'administration et de l'exigence de loyauté de ses agents.

²² C'est le cas, par exemple, pour les magistrats judiciaires (art. 10 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 modifiée portant loi organique relative au statut de la magistrature pour les magistrats judiciaires), les membres du Conseil d'État et les magistrats administratifs (art. L. 131-2 et L. 231-1-1 du code de justice administrative), les magistrats financiers (art. L. 120-5 et L. 220-6 du code des juridictions financières), les militaires (art. L. 4121-2 et D. 4122-1 du code de la défense) ou encore les policiers et les militaires de la gendarmerie (art. R. 434-29 et R. 434-32 du code de la sécurité intérieure).



Son champ d'application est particulièrement large

Cette obligation doit être respectée par l'agent dans l'exercice de ses fonctions, mais aussi lorsque l'agent agit dans le cadre d'activités personnelles. Elle s'applique même aux candidats à une fonction publique (CE, Ass., 28 mai 1956, *Sieur X... et autres*, n° 28238, Rec.).

La réserve qui s'impose à l'agent concerne aussi bien le fonctionnement de son service ou de l'administration en général que les sujets politiques, religieux ou philosophiques et plus généralement l'ensemble des débats de société (CE, 23 avril 2009, *M. A...*, n° 316862, Rec.).

Elle ne fait pas obstacle à ce que l'agent public poursuive une carrière politique (art. 7 de la loi n° 83-634 du 13 juillet

1983), développe des convictions religieuses ou exerce des activités associatives diverses. Toutefois, elle exclut la critique excessive, la violence des mots et le caractère outrancier des agissements. À défaut, l'agent s'expose à des sanctions disciplinaires.

Toutes les formes d'expression sont concernées par l'obligation de réserve : des propos tenus à l'oral, des écrits sur des supports divers (journaux, réseaux sociaux), la présence à des manifestations ou de réunions, l'accueil d'un mouvement politique à son domicile (CE, 10 novembre 1999, *M. Aloïso X...*, n° 179962, T.), etc.

La gravité du manquement à l'obligation de réserve s'apprécie en fonction des circonstances et du statut du fonctionnaire

Le manquement à l'obligation de réserve sera d'autant plus important que l'expression fautive de l'agent sera publique et diffusée. La presse, la radio ou la télévision ou encore les sites internet donnent aux écrits et propos répréhensibles une résonance qui en accentue la gravité. En outre, le pseudonyme ou toute autre forme de dissimulation n'exonère pas l'agent public de son obligation de réserve (CE, 27 juin 2018, n° 412541, T.).

Le niveau hiérarchique et les fonctions occupées par l'agent sont également susceptibles d'aggraver le manquement à l'obligation de réserve. Cette obligation est d'autant plus forte que celui qui s'exprime occupe des postes importants (ambassadeurs, magistrats, préfets, etc.) et exerce des fonctions exposées ou sensibles (fonctionnaire en poste à l'étranger par exemple) et donc plus fortement impliqué dans la définition et l'exécution de la politique gouvernementale.

Le manquement à cette obligation sera d'autant plus caractérisé qu'il aura été exprimé en des termes outranciers.

Dans l'affaire *Matelly*, l'intéressé n'occupait qu'un « rang modeste dans la hiérarchie militaire », mais son état militaire

le soumettait à une exigence de réserve renforcée. La critique qui lui était reprochée ayant néanmoins été formulée en des termes mesurés, le Conseil d'État a estimé que la radiation des cadres était une sanction manifestement disproportionnée (CE, 12 janvier 2011, *M. Matelly*, n° 338461, Rec.).

Certains fonctionnaires bénéficient, en revanche, d'une liberté d'expression plus large et sont, corrélativement, soumis à une moindre réserve dans leur expression : ce sont les enseignants et chercheurs du supérieur. Ils n'en doivent pas moins faire preuve de tolérance et d'objectivité (par exemple : CE, 28 septembre 1998, *M. Bernard X...*, n° 159236, T.).

Par ailleurs, ceux qui ont la qualité de dirigeants syndicaux bénéficient, lorsqu'ils s'expriment pour la défense des intérêts professionnels, d'une liberté accrue dans leur expression. Sans en être déliés (CE, 23 avril 1997, *M. B...*, n° 144038, T.), leur obligation de réserve est ainsi atténuée (CE, 18 mars 1956, *Sieur Boddaert*, Rec.).



FICHE N° 27 :

L'obligation de secret professionnel et de discrétion professionnelle

CE, 1^{er} juin 1994, Centre hospitalier spécialisé Le Valmont, n° 150870, T. CE, 30 novembre 2007, n° 298814, Inédit



L'essentiel

Les fonctionnaires sont soumis à une obligation de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Ils sont en outre plus particulièrement tenus à une obligation de secret professionnel pour toutes les informations protégées par un secret en vertu de la loi.



Les mots du juge

« Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que, au cours de l'année 1992, M. X., infirmier de secteur psychiatrique employé au Centre hospitalier spécialisé Le Valmont, a participé à la réalisation d'un court métrage tourné par des lycéens, consacré à l'activité artistique comme mode de traitement des malades atteints de troubles psychiques ; qu'à cette occasion il a fourni au réalisateur des informations qui ont permis à ce dernier d'entrer en contact avec une malade qui, même si elle bénéficiait de sorties d'essai, dépendait du centre hospitalier, sous la responsabilité médicale duquel elle se trouvait placée ; que, même si M. X. n'a pas personnellement participé à l'interview obtenue de cette malade, et s'il soutient n'avoir pas dévoilé à l'équipe de tournage les informations médicales la concernant, il a, en révélant son existence et son nom et en permettant ainsi à des tiers au service de s'adresser à elle et d'apprendre d'elle des faits dont il est question tant dans le film que dans l'interview, manqué à l'obligation de secret professionnel »

(CE, 1^{er} juin 1994, Centre hospitalier spécialisé Le Valmont, n° 150870, T.)

« Considérant que la sanction disciplinaire attaquée a été prise à raison de deux manquements successifs à l'obligation de secret et de discrétion professionnels commis par M. X..., auquel il est reproché, en premier lieu, d'avoir remis en octobre 2004 à un tiers de sa connaissance en conflit avec son employeur une fiche extraite du système de traitement des infractions constatées contenant des informations nominatives confidentielles concernant ce dernier, en second lieu, d'avoir, en février 2005, répondu favorablement à la demande d'un ancien fonctionnaire de police qui l'avait sollicité pour obtenir des informations sur un entrepreneur, en engageant à cet effet des démarches auprès de la division économique et financière, au risque de troubler les investigations policières et judiciaires en cours sur les activités de cette personne ; (...)

Qu'après la première imprudence fautive commise en octobre 2004, M. X... a de nouveau gravement manqué aux obligations de prudence et de secret professionnels qui s'imposent avec une force particulière aux fonctionnaires de police occupant des emplois de responsabilité ; que, dans ces circonstances, M. X... n'est fondé à soutenir, ni que le décret attaqué aurait inexactement qualifié les faits en les regardant comme fautifs, ni que la sanction qui lui a été infligée, conformément à l'avis de la majorité du conseil de discipline, serait manifestement disproportionnée »

(CE, 30 novembre 2007, n° 298814, Inédit)





Commentaire

Les fonctionnaires sont tenus à une obligation générale de confidentialité, qui leur impose de ne pas divulguer les informations dont ils ont connaissance. L'article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 décline cette obligation

en deux aspects : le secret professionnel et la discrétion professionnelle. Ces deux exigences doivent se concilier avec les règles applicables en matière de dénonciation ou d'alerte et de transparence.

Tous les fonctionnaires sont soumis à une obligation de secret professionnel

En vertu du premier alinéa de l'article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, « les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal ». Les règles du code pénal sont celles résultant des articles 226-13 et 226-14.

Le premier de ces articles sanctionne « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ».

Il en résulte que le fonctionnaire, comme tout agent public, est tenu de ne pas révéler une information couverte par un secret. Ce secret peut être institué pour protéger l'action de l'administration (secret de la défense nationale, secret de l'instruction, secret du délibéré, etc.) ou pour préserver les droits des particuliers (secret médical, secret des correspondances, etc.).

L'information couverte par un secret peut être partagée au sein du service (dans le cadre d'une enquête judiciaire par exemple) ou avec les seules personnes habilitées à le recevoir (cas du secret médical par exemple), mais elle ne peut être diffusée aux tiers, que ce soit d'autres agents publics ou les administrés. Ainsi, la consultation, à titre personnel, d'un fichier professionnel et la communication à des tiers non habilités des informations confidentielles qu'il contient constituent un manquement au devoir de réserve et de discrétion professionnelle (CE, 31 mars 2017, *M. X... c/ Ministre de l'intérieur*, n° 392316, T.).

L'agent qui méconnaît son obligation de secret professionnel s'expose à une sanction pénale (un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende) et à une sanction disciplinaire (CE, 1^{er} juin 1994, *Centre hospitalier spécialisé Le Valmont*, n° 150870, T. ; pour un agent affecté au secrétariat de l'instruction d'un tribunal de grande instance qui divulgue à une de ses connaissances une information concernant le fils de celle-ci figurant dans l'application Winstru utilisée par les juges d'instruction : CE, 22 juin 2016, n° 383246, T.).

Compte tenu de leur compétence consultative pour les décisions individuelles concernant les fonctionnaires, les membres des CAP sont soumis à l'obligation de confidentialité. Ni les débats, ni les avis ne peuvent être communiqués à des tiers (CE, 4 novembre 1992, *M. X...*, n° 98983, Rec. ; CE, 11 février 1994, *Ministre du budget c/ M. X...*, n° 143853, T. ; CE, 10 septembre 2007, *Syndicat CFDT du ministère des affaires étrangères*, n° 295647, T.).

Le second article du code pénal prévoit que le secret n'est pas applicable dans certains cas qu'il vise (par exemple la dénonciation de privations ou de sévices infligés à des mineurs ou des personnes vulnérables) et dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret : par exemple, dans le cadre des pouvoirs d'enquête du procureur de la République²³, ou dans le cadre de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique qui a harmonisé le dispositif relatif aux alertes, remplaçant ainsi la plupart des dispositifs spécifiques ou sectoriels qui avaient été auparavant instaurés notamment dans le secteur public²⁴. Cette loi, applicable à la fonction publique, a créé un statut pour les lanceurs d'alerte et une procédure de recueil des signalements.

Le second alinéa de l'article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 prévoit que « les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ».

Plus largement, les fonctionnaires sont soumis à une obligation de discrétion professionnelle

L'obligation de discrétion professionnelle couvre l'ensemble des informations détenues par l'administration, même celles qui ne sont pas protégées par un secret prévu par

la loi. Le bon fonctionnement de l'administration, comme la préservation des droits et intérêts des administrés, s'opposent à ce que ces informations soient rendues publiques ou communiquées à des tiers. Est ainsi légalement sanctionné, par exemple, un responsable administratif qui communique le rapport d'analyse des offres présentées par plusieurs entreprises en vue de l'obtention d'un marché public (CE, 4 juillet 2005, n° 269177, Inédit). De même un agent qui diffuse sur Internet des éléments détaillés et

23 Art. 77-1-1 du code de procédure pénale.

24 L'article 15 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 supprime les articles L. 1351-1 et L. 5312-4-2 du code de la santé publique, les articles L. 1161-1 et L. 4133-5 du code du travail, l'article 25 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, les articles 1^{er} et les 3^o et 4^o de l'article 2 et l'article 12 de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte. La loi du 9 décembre 2016 n'a cependant pas modifié les dispositions de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement qui prévoit la protection du lanceur d'alerte pour les services spécialisés de renseignement, ni l'article L. 4131-1 du code de travail relatif au droit d'alerte et de retrait en cas de danger grave pour la vie ou la santé du travailleur ou de défectuosité constatée dans le système de protection ainsi que les dispositions du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène, la sécurité et la prévention médicale. En outre, le décret n° 2010-974 en date du 26 août 2010 fixe des dispositions similaires applicables à la santé et à la sécurité au travail ainsi qu'à la prévention médicale du personnel militaire servant au sein de la gendarmerie nationale.



précis sur l'organisation de son service méconnaît son obligation de discrétion professionnelle (CE, 20 mars 2017, *Centre de gestion de la fonction publique territoriale du Territoire de Belfort*, n° 393320, T.).

Néanmoins, l'article 26 prévoit que les fonctionnaires peuvent être déliés de leur obligation de discrétion professionnelle par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent en vertu de la réglementation en vigueur (notamment celle relative à la liberté d'accès aux documents administratifs). L'article 27 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 prévoit, en outre, que, sous réserve de la nécessaire discrétion professionnelle, les fonctionnaires ont le devoir de satisfaire aux demandes d'information du public.

Au demeurant, l'obligation de discrétion professionnelle ne fait pas obstacle à ce que le fonctionnaire observe

les prescriptions de l'article 40 du code de procédure pénale, lui imposant d'aviser le procureur de la République d'un crime ou d'un délit dont il a connaissance et de lui transmettre tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. Elle n'empêche pas, non plus, de procéder à un signalement d'une alerte conformément aux articles 6 à 15 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

L'article 6 ter A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 protège l'agent ayant dénoncé, de bonne foi, aux autorités judiciaires ou administratives un délit, un crime ou un conflit d'intérêts dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions, en interdisant que des mesures concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation soient prises à son égard.



FICHE N° 28 :

L'obligation de désintéressement

CE, Ass., 6 décembre 1996, *Société Lambda*, n° 167502, Rec.



L'essentiel

Le fonctionnaire est soumis à une obligation de désintéressement, qui lui impose en particulier de faire preuve de probité et doit le conduire à proscrire toute situation de conflit d'intérêts.



Les mots du juge

« Considérant que les dispositions de l'article 432-13 du code pénal interdisent à toute personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire public, à raison même de sa fonction, d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée ou d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée, d'occuper un emploi dans ladite entreprise avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant la cessation des fonctions de surveillance ou de contrôle susmentionnées ; qu'elles font également obstacle à ce que l'autorité administrative nomme un fonctionnaire dans un poste où, quelle que soit la position statutaire qu'il serait amené à occuper, il contreviendrait à ces dispositions » (CE, Ass., 6 décembre 1996, *Société Lambda*, n° 167502, Rec.)



Commentaire

Le fonctionnaire est tenu, en vertu de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, résultant de l'article 1^{er} de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, d'exercer ses fonctions avec « dignité et probité ». Plus largement, compte tenu des prescriptions figurant aux articles 25 bis et suivants de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, le fonctionnaire est soumis à une obligation de désintéressement.

Cette obligation lui impose de ne poursuivre que l'intérêt public dont il a la charge, à l'exclusion notamment d'intérêts privés, personnels ou de personnes liées, en particulier en matière financière. Agir de façon désintéressée, c'est ne pas mettre, ni être en situation de mettre, des intérêts divers en contradiction avec l'intérêt public.

Le manquement à l'obligation de désintéressement est sanctionné sur le plan disciplinaire et sur le plan pénal

Comme pour toutes les obligations, un manquement à l'obligation de désintéressement du fonctionnaire peut donner lieu à une sanction disciplinaire.

Le manquement à l'obligation de désintéressement peut également conduire à une procédure pénale. De nombreuses sanctions pénales sont en effet prévues lorsque le fonctionnaire privilégie ses intérêts ou ceux de ses proches.

Les manquements peuvent consister en des vols ou détournements de biens ou d'argent publics ou privés (CE, 8 juillet 2005, n° 247361, Inédit : vol par un agent de produits alimentaires dans un hôpital ; CE, 30 juillet 2003, *M. X...*, n° 232238, T. : vol par un agent de police d'une somme d'argent chez une personne décédée), en des confusions avec les intérêts de sociétés privées (CE, 19 février 1996, *Ministre de la défense c/M. X...*, n° 128115, T. ; CE, 25 juin 2003, n° 235118, Inédit : contrats conclus avec des sociétés appartenant à des membres de la famille du fonctionnaire responsable de ces contrats), etc.

Outre les qualifications pénales générales applicables à toute personne (vol ou escroquerie par exemple), le code pénal comporte des dispositions spécifiques aux manquements au devoir de probité, qui sont au nombre des délits commis contre l'État (art. 432-10 et s. du code pénal) : concussion, corruption passive et trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public, soustraction et détournement de biens.

Dans tous les cas, c'est l'intégrité de l'administration et des services publics qui est atteinte et les sanctions prononcées sont généralement parmi les plus sévères.

Les dispositions pénales impactent directement la légalité des décisions administratives. Dans l'affaire *Société Lambda*, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a jugé que l'autorité administrative ne pouvait légalement



nommer une personne sur un emploi dès lors que cette nomination peut conduire à une qualification pénale de prise illégale d'intérêts, eu égard aux fonctions antérieures de la personne nommée. En l'espèce, la nomination du chef du service des affaires monétaires et financières à la

direction du Trésor au poste de sous-gouverneur au Crédit foncier de France, établissement sur lequel il exerçait alors un contrôle direct, est annulée (CE, Ass., 6 décembre 1996, *Société Lambda*, n° 167502, Rec.).

Le désintéressement du fonctionnaire est garanti par des mécanismes de prévention

La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 comporte plusieurs mécanismes destinés à prévenir les conflits d'intérêts et donc les manquements à l'obligation de désintéressement du fonctionnaire.

Plusieurs catégories de fonctionnaires, compte tenu du niveau hiérarchique de leur emploi ou de la nature des fonctions qu'ils exercent, doivent transmettre une déclaration d'intérêts à leur autorité de nomination et, pour certains d'entre eux, une déclaration de patrimoine à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (articles 25 *ter* et 25 *quinquies* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983)²⁵.

Il est également prévu que les fonctionnaires exerçant des responsabilités en matière économique ou financière doivent, selon le niveau hiérarchique ou la nature de leurs fonctions, justifier auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique avoir pris, dans un délai de deux mois suivant leur nomination, toutes dispositions pour que leurs instruments financiers soient gérés, pendant la durée de leurs fonctions, dans des conditions excluant tout droit de regard de leur part (article 25 *quater*).

Par ailleurs, les lois n° 2016-483 du 20 avril 2016 et n° 2019-828 du 6 août 2019 ont renforcé le rôle des administrations en matière de contrôle déontologique, notamment avec la mise en place d'un référent déontologue.

En particulier, la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 a transféré à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique

(HATVP) les missions exercées par la commission de déontologie de la fonction publique. Elle prévoit que ne seront désormais transmises automatiquement à la HATVP que les demandes de départ vers le secteur privé et les cumuls pour création ou reprise d'entreprise des agents publics occupant des emplois dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifie. Pour les autres agents, l'approbation de leur demande appartient à l'autorité dont ils relèvent. En cas de doute sérieux sur la compatibilité entre les fonctions exercées et l'activité envisagée, l'autorité hiérarchique de l'agent a la possibilité de soumettre la demande à l'avis de son référent déontologue. Si ce dernier ne s'estime pas en mesure d'apprécier la situation, l'autorité hiérarchique peut saisir, en dernier recours, la HATVP.

La loi du 6 août 2019 a également créé un contrôle déontologique pour les personnes, fonctionnaires ou agents contractuels, ayant exercé une activité dans le secteur privé au cours des trois dernières années et qui souhaitent revenir dans la fonction publique ou y accéder sur des postes exposés. Pour certains emplois de direction, ce contrôle est effectué directement par la HATVP sur saisine de l'autorité hiérarchique. La HATVP doit alors apprécier si l'activité qu'a exercé, qu'exerce ou que projette d'exercer le fonctionnaire risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l'indépendance ou la neutralité du service, de méconnaître les principes déontologiques de dignité, d'impartialité, d'intégrité et de probité ou de placer l'intéressé en situation de commettre l'infraction de prise illégale d'intérêts.

²⁵ Cf. pour les agents civils, le décret n° 2016-1967 du 28 décembre 2016 modifié relatif à l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêts et le décret n° 2016-1968 du 28 décembre 2016 modifié relatif à l'obligation de transmission d'une déclaration de situation patrimoniale ; et pour les militaires, le décret n° 2018-63 du 2 février 2018 relatif aux obligations de transmission de déclarations d'intérêts et de situation patrimoniale.



FICHE N° 29 :

L'obligation de neutralité et le principe de laïcité

CE, Avis, 3 mai 2000, *Mlle Marteaux*, n° 217017, Rec.



L'essentiel

Les agents publics doivent respecter la laïcité de l'État et le principe de neutralité des services publics, qui leur fait interdiction de manifester leurs opinions, notamment en matière religieuse, dans l'exercice de leurs fonctions. En revanche, ils sont également protégés contre les mesures discriminatoires à raison de ces opinions.



Les mots du juge

« Si les agents du service de l'enseignement public bénéficient comme tous les autres agents publics de la liberté de conscience qui interdit toute discrimination dans l'accès aux fonctions comme dans le déroulement de la carrière qui serait fondée sur leur religion, le principe de laïcité fait obstacle à ce qu'ils disposent, dans le cadre du service public, du droit de manifester leurs croyances religieuses » (CE, Avis, 3 mai 2000, *Mlle Julie X...*, n° 217017, Rec.)



Commentaire

En vertu de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, dans sa version résultant de l'article 1^{er} de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, le fonctionnaire est, dans l'exercice de ses fonctions, « tenu à l'obligation de neutralité ».

Cette obligation de neutralité découle du principe général de neutralité applicable au service public (cf. par exemple :

CE, Ass., 2 novembre 1992, *M. Mostépha Z... et autres*, n° 130394, Rec.).

L'obligation de neutralité impose des sujétions particulières au fonctionnaire dans son comportement, en même temps qu'elle lui garantit une égalité de traitement et le protège contre les discriminations.

Le comportement personnel du fonctionnaire doit respecter l'obligation de neutralité

La jurisprudence a consacré l'obligation de neutralité, applicable à tous les agents publics, en la qualifiant de « devoir de stricte neutralité » (CE, 8 décembre 1948, *Dlle Pasteau*, Rec. ; CE, 3 mai 1950, *Dlle Jamet*, Rec.). Ceux-ci ne peuvent, par leur comportement, propos ou tenue vestimentaire manifester leurs opinions ou préférences en sorte que l'usager ne puisse douter de la neutralité du service.

La neutralité du fonctionnaire s'oppose ainsi à ce qu'il manifeste pendant le service ses opinions, qu'elles soient philosophiques, politiques, syndicales ou encore religieuses. Par exemple, un professeur peut être suspendu à raison du contenu de son enseignement d'histoire caractérisant un manquement à l'obligation de neutralité imposée à tout fonctionnaire, particulièrement grave s'agissant d'un

enseignant au collège (CE, 22 novembre 2004, *Ministre de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche*, n° 244515, T. sur un autre point).

En matière religieuse, le principe de neutralité se conjugue avec le principe de laïcité de l'État. L'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, reprenant l'apport de l'avis contentieux *Mlle Marteaux* rendu à propos des agents du service public de l'enseignement (CE, Avis, 3 mai 2000, n° 217017, Rec.), précise désormais que « le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. À ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses ». Ce principe s'applique même lorsque l'agent n'est pas en contact direct avec les usagers.



Le fonctionnaire ne doit notamment pas porter de signe destiné à marquer son appartenance à une religion. Il ne peut, non plus, user de sa position au sein de l'administration pour accomplir des actes de prosélytisme (CE, 19 février 2009, *M. X...*, n° 311633, T. : pour un guichetier de La Poste qui distribuait des tracts), ni même user des moyens du service pour les besoins d'une activité religieuse (CE, 15 octobre 2003, *M. X...*, n° 244428, Rec. : pour l'utilisation de la messagerie électronique du service sur le site Internet d'une organisation religieuse).

Ces principes s'appliquent aussi aux agents des services publics assurés par des organismes de droit privé (Cass., Soc., 19 mars 2013, *Caisse primaire d'assurance maladie de Seine-Saint-Denis*, n° 12-11690, Bull.).

En revanche, le principe de laïcité ne fait pas obstacle à ce qu'un agent du service public, qui bénéficie de la liberté religieuse, sollicite des autorisations de s'absenter pour lui permettre de fréquenter un lieu de culte, dans la mesure où ces absences ne portent pas atteinte au fonctionnement normal du service (JRCE, 16 février 2004, *M. Ahmed X...*, n° 264314, T.).

L'obligation de neutralité fait obstacle à ce que des fonctionnaires soient traités différemment à raison de leurs opinions

L'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précise que « le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité ». Cette prescription, qui marque le lien qui unit la neutralité et l'égalité, s'applique non seulement aux usagers du service public mais aussi à ses agents.

Le principe de neutralité implique, en effet, que le fonctionnaire ne soit pas discriminé à raison de ses opinions. En ce sens, l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dispose qu'aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses et l'article 7 de la même loi indique que la carrière des fonctionnaires candidats à un mandat électif ou élus ne peut, en aucune manière, être affectée par les votes ou les opinions émis par les intéressés au cours de leur campagne électorale ou de leur mandat. Par ailleurs, l'article 18 de la même loi énonce qu'« il ne peut être fait état dans le dossier d'un fonctionnaire, de même que dans

tout document administratif, des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé ».

C'est ainsi qu'il ne peut être tenu compte, dans la limite du devoir de réserve (cf. la fiche n° 26 « L'obligation de réserve »), des opinions des candidats à un emploi public (CE, Ass., 28 mai 1956, *Sieur Barel et autres*, n° 28238, Rec.). Il ne peut non plus être tenu compte de leurs opinions personnelles, qui relèvent de la sphère privée, dans le déroulement de leur carrière (décisions précitées *Dlle Pasteau* et *Dlle Jamet* : en matière religieuse ; CE, Sect., 1^{er} octobre 1954, *Sieur Guille*, n° 14191, Rec. : en matière politique). L'obligation de neutralité permettant de prévenir toute manifestation des opinions religieuses, la seule qualité de ministre d'un culte ne saurait donc faire obstacle à ce que l'intéressé soit élu aux fonctions de président d'université (CE, 27 juin 2018, *Syndicat de l'enseignement supérieur SNESUP-FSU*, n° 419595, Rec.).



FICHE N° 30 :

L'obligation d'impartialité

CE, 30 juillet 2003, *MM. Michel et Maurice B...*, n° 228230, T.



L'essentiel

Le fonctionnaire est soumis à une obligation d'impartialité, qui doit guider son comportement et le conduire, le cas échéant, à ne pas traiter d'affaires dans lesquelles son objectivité pourrait être mise en cause.



Les mots du juge

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que M. L., rapporteur devant la commission nationale d'aménagement foncier en 1994 et en 2000 lors de l'examen des demandes des consorts B., relatives à ce remembrement, a pris parti contre ces derniers dans une correspondance du 4 août 1994 adressée au maire de la commune ; que cette prise de position a été rendue publique dans le cadre d'une instance contentieuse introduite en 1994 devant le tribunal administratif d'Amiens par les consorts B., concernant également le sort de la parcelle ZB 25 ; que, dans ces conditions, M. L. ne présentait pas les garanties d'impartialité requises pour exercer les fonctions de rapporteur et procéder à l'instruction de l'affaire qui a donné lieu à la décision attaquée de la commission nationale d'aménagement foncier ; que, par suite les requérants sont fondés à soutenir que cette décision est entachée d'irrégularité et à en demander l'annulation »

(CE, 30 juillet 2003, *MM. Michel et Maurice B...*, n° 228230, T.)



Commentaire

Aux termes de l'article 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, dans sa rédaction issue de l'article 1^{er} de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, « le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité ».

L'impartialité est un principe général du droit de l'action publique qui s'applique aux autorités administratives

comme aux organes consultatifs (par ex. : CE, 11 février 2011, *Société Aquatrium*, n° 319828, Rec.). C'est également une obligation du fonctionnaire à titre individuel. L'impartialité impose au fonctionnaire un comportement objectif et neutre dans le traitement des dossiers.

Cette obligation d'impartialité comporte une dimension subjective et une dimension objective. Elle justifie la prévention des conflits d'intérêts.

L'impartialité s'impose au fonctionnaire dans sa dimension subjective et dans sa dimension objective

Dans sa *dimension subjective*, l'impartialité fait interdiction au fonctionnaire de faire preuve de parti pris, d'animosité, de préférence ou de défiance dans les affaires qu'il traite.

Par exemple, lorsqu'un conflit personnel particulièrement vif oppose un chef de service à un candidat à un emploi public, la participation du premier aux délibérations de la commission chargée d'examiner les candidatures constitue un manquement à l'impartialité (CE, 13 novembre 1989, *Ministre de l'éducation nationale c/ M. X...*, n° 73896, T.). Il en est de même lorsqu'un directeur prend

une décision défavorable qui est en réalité motivée par l'animosité qu'il éprouve à l'égard de l'époux de l'agent visée par cette décision (CE, 31 octobre 1973, *Dame X...*, n° 86953, Rec.).

En outre, au titre de son impartialité subjective, le fonctionnaire doit traiter de façon égale toutes les personnes. Il ne peut discriminer les autres agents ou les usagers du service public à raison, par exemple, de leurs opinions ou de leurs croyances (cf. la fiche n° 29 « L'obligation de neutralité et le principe de laïcité »).



Dans sa *dimension objective*, l'impartialité fait obstacle à ce que le fonctionnaire intervienne dans des situations où il pourrait être mis en cause à raison de faits extérieurs ou de déclarations antérieures. Les apparences commandent, pour que l'impartialité soit respectée, que l'usager ne puisse légitimement douter de l'exercice impartial de ses fonctions par le fonctionnaire.

Il y a lieu de douter de l'impartialité du fonctionnaire lorsque par exemple celui-ci à un intérêt personnel dans une opération d'expropriation (CE, 4 mars 1964, *Veuve Borderie*, Rec.) ou lorsqu'il a pris position sur une situation fiscale avant de participer à une commission chargée d'examiner l'affaire (CE, 9 mars 1990, *Consorts Dupré*, n° 52260, T.).

La garantie de l'impartialité du fonctionnaire se traduit notamment par la prévention des conflits d'intérêts

La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 comporte, depuis la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, des prescriptions précises sur les obligations et devoirs du fonctionnaire en cas de situation de conflit d'intérêts (article 25 bis). C'est un prolongement de l'exigence d'impartialité objective.

Le conflit d'intérêts y est défini comme « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions* ».

De manière générale, le fonctionnaire doit veiller à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver.

À cette fin, le fonctionnaire qui estime se trouver dans une situation de conflit d'intérêts doit s'abstenir de traiter un dossier ou de prendre une décision, de siéger ou de délibérer dans une instance collégiale ou est suppléé par tout délégataire, auquel il s'abstient d'adresser des instructions.

Par ailleurs, l'article R. 133-12 du CRPA dispose que « *les membres d'une commission ne peuvent prendre part aux délibérations lorsqu'ils ont un intérêt personnel à l'affaire qui en est l'objet* ».

Le Conseil d'État a jugé que lorsqu'un membre d'une commission administrative à caractère consultatif est en situation de devoir s'abstenir de siéger pour l'examen d'une question, il est de bonne pratique qu'il quitte la salle où se tient la séance pendant la durée de cet examen. Toutefois, s'il est resté dans la salle, cette circonstance n'entraîne l'irrégularité de l'avis rendu par la commission que si, en raison notamment de son rôle dans celle-ci, de l'autorité hiérarchique, scientifique ou morale qui est la sienne ou de la nature de ses liens d'intérêt, sa simple présence pendant les délibérations a pu influencer les positions prises par d'autres membres de l'instance (CE, Sect., 22 juillet 2015, *Société Zambon France SA*, n° 361962, Rec.).

Pour l'impartialité d'un jury d'examen ou de concours, cf. la fiche n° 39 « Le devoir d'impartialité du jury ».



FICHE N° 31 :

L'obligation d'obéir et de désobéir

CE, Sect., 10 novembre 1944, *Sieur X...*, Rec.

L'essentiel

Les agents publics sont tenus d'obéir aux instructions de l'autorité hiérarchique, sauf si l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public.



Les mots du juge

« Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il est reconnu par le sieur X... que celui-ci, lorsqu'il exerçait à la mairie de Drancy les fonctions de chef du service du chômage, s'est livré à des agissements qui ont permis à de nombreuses personnes de percevoir indûment des allocations de chômage ; que les actes dont s'agit présentaient de toute évidence un caractère illégal et que le requérant n'a pu ignorer qu'ils compromettaient gravement le fonctionnement du service public ; que, dans ces conditions, le sieur X..., bien qu'il ait exécuté les instructions qui lui avaient été données par le maire, son supérieur hiérarchique, et qui avaient été confirmées par celui-ci, est demeuré responsable de ses actes et a commis une faute de nature à justifier une sanction disciplinaire »
(CE, Sect., 10 novembre 1944, *Sieur X...*, Rec.)



Commentaire

La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 consacre explicitement l'obligation d'obéissance hiérarchique : « Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal

et de nature à compromettre gravement un intérêt public » (premier alinéa de l'article 28).

Cette obligation, d'origine jurisprudentielle, est applicable à l'ensemble des agents publics placés sous l'autorité d'un supérieur hiérarchique.

L'obligation d'obéir constitue le principe

Les agents publics, par principe, ne sont pas habilités à apprécier la légalité et l'opportunité des instructions qu'ils reçoivent. Ils sont tenus d'y obéir. C'est une exigence qui résulte du principe hiérarchique et qui est nécessaire au bon fonctionnement de l'administration et à la continuité du service public.

L'obligation d'obéir comporte plusieurs facettes pour les agents publics :

- celle tout d'abord de respecter les mesures, législatives ou réglementaires, prises pour l'organisation des services où ils exercent leur fonction (par exemple : CE, 28 novembre 2003, *M. Garde*, n° 234898, Inédit : sanction d'un contremaître qui a fait preuve à l'égard de sa hiérarchie, d'un refus d'obéissance caractérisé en refusant à plusieurs reprises, malgré les différents rappels qui lui ont été faits de ses obligations professionnelles, d'appliquer une note de service concernant

l'organisation de ses tâches au regard des exigences de la réglementation) ;

- celle ensuite de se conformer aux règles qui découlent de leur statut et de leur situation juridique (par exemple : CE, 31 juillet 1996, *M. Delauzun*, n° 151447, Inédit : sanction d'un agent refusant sa mutation des services techniques au service d'entretien d'une commune) ;

- celle enfin d'exécuter de façon loyale les ordres donnés par le supérieur hiérarchique, ce qui recouvre l'obligation de servir et d'accomplir un travail effectif (par exemple : CE, 23 mai 2001, *M. Secret*, n° 206103, Inédit : sanction d'un administrateur de l'INSEE qui ne s'est pas acquitté des tâches et missions qui lui avaient été confiées au sein d'une direction régionale) ou l'obligation d'exécuter des instructions ponctuelles (par exemple : CE, 21 juillet 1995, *Bureau d'aide sociale de la Ville de Paris*, n° 115332, Inédit : sanction d'un agent qui a refusé d'assurer pendant



une semaine la permanence du standard téléphonique au motif, selon l'intéressé, que cet ordre n'était pas conforme à son statut).

Par ailleurs, l'appel à ne pas obéir est aussi une méconnaissance de l'obligation d'obéissance hiérarchique (par exemple : CE, 6 juin 2001, *Agence nationale pour l'emploi*, n° 210916, T. : sanction d'un agent qui, entre autres fautes, a incité les personnels d'accueil et

de gardiennage au non-respect de leurs obligations professionnelles).

Cette obligation d'obéir a pour corollaire, au plan pénal, un principe d'irresponsabilité. L'alinéa 2 de l'article 122-4 du code pénal dispose, en effet, que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal* ».

L'obligation d'obéir est assortie d'une exception : le devoir de désobéir à un ordre manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public

L'obligation d'obéir n'est pas absolue car, « *l'obéissance hiérarchique, qui est un principe cardinal, ne saurait échapper aux questionnements : obéir, ce n'est pas se soumettre, ni renoncer à penser, ni devoir se taire* » (Jean-Marc Sauvé, *Faire des choix ? Les fonctionnaires dans l'Europe des dictatures, 1933-1948*, La Documentation française, 2014).

C'est en ce sens que la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, reprenant la jurisprudence X..., réserve le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public.

Dans ce cas, l'agent public a le devoir de désobéir et il ne pourra échapper à sa responsabilité pénale (art. 122-4 du code pénal).

Cette exception à l'obligation d'obéir n'a vocation à s'appliquer qu'aux situations les plus graves, car il faut que l'ordre donné soit, à la fois, « *manifestement* » illégal et de nature à compromettre « *gravement* » un intérêt public. Très souvent, il s'agira d'infractions délictuelles ou criminelles.

Il faut d'abord une illégalité manifeste. Or, un ordre justifié par l'intérêt du service, notamment sa continuité, ne sera

pas manifestement illégal (par exemple : CE, 3 mai 2006, *M. A...*, n° 249675, Inédit : à propos du calcul des droits à congés annuels d'un agent et de la mise en demeure de reprendre le service qui lui a été adressée).

Il faut ensuite que l'ordre soit de nature à compromettre gravement un intérêt public : cela peut être le cas lorsque des actes compromettent gravement le fonctionnement d'un service public (affaire X...) ; ce ne sera en revanche pas le cas s'agissant de l'affectation d'un agent sur un emploi (par exemple : CE, 29 décembre 1995, *Commune de Bagnères-de-Bigorre*, n° 143577, Inédit : radiation des cadres pour abandon de poste par un agent affecté à l'office du tourisme et du thermalisme ; CE, 11 février 2015, *M. B...*, n° 369378, Inédit : même solution pour un documentaliste affecté dans un collège).

S'agissant des militaires, ils « *doivent obéissance aux ordres de leurs supérieurs et sont responsables de l'exécution des missions qui leur sont confiées. Toutefois, il ne peut leur être ordonné et ils ne peuvent accomplir des actes qui sont contraires aux lois, aux coutumes de la guerre et aux conventions internationales* » (art. L. 4122-1 du code de la défense).



FICHE N° 32 :

L'obligation de se consacrer à son emploi

CE, 8 novembre 2000, M. X..., n° 200835, Rec.

CE, 15 octobre 2014, M. A...B..., n° 353168, T.



L'essentiel

Le fonctionnaire doit normalement consacrer l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées, à peine de sanction disciplinaire et de reversement des sommes indûment perçues. Il existe toutefois diverses dérogations à ce principe. Le fonctionnaire peut, notamment, être autorisé par son autorité hiérarchique à exercer une activité accessoire, si elle est compatible avec le bon fonctionnement du service. Par ailleurs, la production des œuvres de l'esprit est complètement libre en dehors du service. Et, même lorsqu'il est en service, le fonctionnaire jouit désormais, dans le cadre d'un régime particulier, de droits d'auteur.



Les mots du juge

« Considérant (...) que si le syndicat mixte soutient que le droit à indemnisation de M. X..., doit être réduit ou supprimé en raison de la situation de cumul irrégulier dans laquelle il se trouvait au regard des dispositions de l'article 7 [du décret du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions], il résulte de l'article 3 du même décret qu'est exclue de son champ d'application la production des œuvres artistiques ; que ces dispositions font, dès lors, obstacle à ce que puissent être opposées à M. X..., qui exerçait l'activité de musicien au sein de l'orchestre philharmonique des Pays-de-Loire, les dispositions de l'article 7 précité »

(CE, 8 novembre 2000, M. X..., n° 200835, Rec.)

« Considérant qu'antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 1^{er} août 2006, l'agent public, auteur d'une œuvre, jouissait de droits de propriété intellectuelle sur l'œuvre dont la création était détachable du service ; qu'il en était ainsi, notamment, si cette œuvre avait été faite en dehors du service et de toute commande du service ou si elle était sans rapport direct avec les fonctions exercées par l'auteur au sein du service »

(CE, 15 octobre 2014, M. A..., B..., n° 353168, T.)



Commentaire

Le fonctionnaire doit consacrer l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées

L'article 25 septies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dispose en son I que : « Le fonctionnaire consacre l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées. Il ne peut exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit, sous réserve des II à V du présent article ». La circonstance qu'une activité n'ait pas comporté effectivement de rémunération est sans incidence sur son caractère d'activité privée lucrative. Exercer une activité privée à but lucratif tant l'associé d'une société commerciale – même si la société n'a pas dégagé de bénéfices et ne lui a pas versé de rémunération (CE, 3 novembre

1999, M. X..., n° 185474, T.) – que l'administrateur d'une société anonyme qui poursuit un but lucratif – même s'il n'est pas rémunéré à ce titre (CE, 15 décembre 2000, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme X...*, n° 148080, Rec.).

L'agent qui méconnaît cette obligation s'expose à des sanctions disciplinaires qui peuvent aller jusqu'à la révocation ou la résiliation du contrat d'un agent contractuel (en pareil cas : CE, 20 mai 1998, M. X..., n° 168488, Rec.). Il devra, en outre, reverser les sommes perçues au titre des activités interdites, par voie de retenue sur traitement



(VI de l'article 25 septies). Cette obligation s'impose au fonctionnaire aussi longtemps qu'il n'est pas radié des cadres : il n'y est pas soustrait du fait, par exemple, que l'administration le place dans une situation irrégulière (agent ayant exercé une activité privée pendant une période au cours de laquelle l'administration l'a laissé

sans affectation : CE, 6 mars 2015, *Centre hospitalier Henri Guérin*, n° 369857, T.).

Il existe toutefois diverses exceptions à l'interdiction d'exercer une activité privée lucrative, prévues aux II à V de l'article 25 septies.

Il existe certaines dérogations soumises à l'autorisation préalable de l'autorité hiérarchique

Le II prévoit ainsi une dérogation de plein droit qui doit simplement faire l'objet d'une déclaration à l'autorité hiérarchique :

- pour le dirigeant de société ou d'association recruté comme agent public, qui peut continuer temporairement son activité privée ;
- pour les agents qui occupent un emploi permanent pour lequel la durée du travail est inférieure ou égale à 70 % de la durée légale ou réglementaire du travail.

Mais la plupart des dérogations doivent être autorisées par l'administration. Un fonctionnaire peut ainsi demander à accomplir un service à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise et exercer, à ce titre, une activité privée lucrative (III de l'art. 25 septies). Surtout, le fonctionnaire peut être autorisé par l'autorité hiérarchique dont il relève, à exercer à titre accessoire une activité, lucrative ou non, auprès d'un organisme public ou privé, dès lors que cette activité est compatible avec les fonctions qui lui sont confiées et n'affecte pas leur exercice (IV de l'art. 25 septies). La liste des activités qui

peuvent être exercées à ce titre est précisée par l'article 11 du décret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique. Le régime des cumuls d'activité a donc été considérablement assoupli par rapport à celui qui résultait du décret du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions. La jurisprudence rendue sous l'empire de ce décret n'est donc plus, dans bien des cas, d'actualité.

Peuvent être constitutives d'une activité accessoire entrant aujourd'hui dans le champ du IV de l'article 25 septies des tâches distinctes de celles accomplies dans le cadre de l'activité principale, en sus des heures de travail normales, alors même que ces tâches sont accomplies à la demande de l'administration (CE, 30 novembre 1994, *M. X...*, n° 145078, T. ; CE, 11 décembre 2006, *M. A...*, n° 281203, Rec.). En revanche, la nomination d'un fonctionnaire dans un organe consultatif, si elle se rattache à ses fonctions, ne saurait rentrer dans le champ de ces dispositions (CE, 4 mai 2011, *Syndicat national des entreprises artistiques et culturelles*, n° 338944, T.).

La production des œuvres de l'esprit en dehors du service est libre

Le V de l'article 25 septies, comme d'autres dispositions similaires avant lui, prévoit, par dérogation au principe posé au I, que la production des œuvres de l'esprit s'exerce librement. Le fonctionnaire peut donc par exemple, sans aucune autorisation ni déclaration, produire des œuvres scientifiques, littéraires ou artistiques, et percevoir, comme auteur, les droits attachés à ces œuvres.

Cette exception au principe de l'interdiction du cumul d'activités vaut lorsque la production des œuvres est

autonome mais aussi lorsque cette production intervient dans le cadre d'une relation de subordination avec un autre employeur : abandonnant sa jurisprudence antérieure (CE, 28 septembre 1988, *Ministre de l'éducation nationale c/ M. X...*, n° 66781, Rec.), le Conseil d'État a ainsi jugé qu'un agent recruté par une personne publique comme professeur de musique peut, en parallèle, exercer comme musicien dans un orchestre philharmonique avec lequel il a passé un contrat et percevoir à ce titre une rémunération (CE, 8 novembre 2000, *M. X...*, n° 200835, Rec.).

Même dans le cadre du service, le fonctionnaire conserve un droit d'auteur

Avant la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, le régime du droit d'auteur des fonctionnaires avait été précisé par un avis de la section de l'intérieur du Conseil d'État, rendu le 21 novembre 1972 à propos des émissions radiophoniques produites par des collaborateurs de l'Office français des techniques modernes d'éducation (Avis n° 309721, dit « *Ofrateme* », *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 1997, p. 111). Par cet avis, contraire à la règle prévalant dans le secteur privé selon laquelle les droits d'auteur naissent sur la tête du salarié créateur, le Conseil d'État avait déduit des nécessités du service public l'exigence que l'administration soit « investie » des droits sur les œuvres de l'esprit, y compris des droits moraux, « pour celles de ces œuvres dont la création fait l'objet même du service » ; les collaborateurs du service public ne conservant les droits de propriété littéraire et artistique sur des œuvres personnelles que dans la mesure où leur création « n'est pas liée au service ou s'en détache ». Cette

position a été confirmée et précisée par une décision contentieuse ultérieure qui a précisé qu'antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006, l'agent public auteur d'une œuvre jouissait de droits de propriété intellectuelle sur l'œuvre dont la création était détachable du service et qu'il en était ainsi, « notamment, si cette œuvre avait été faite en dehors du service et de toute commande du service ou si elle était sans rapport direct avec les fonctions exercées par l'auteur au sein du service » (CE, 15 octobre 2014, *M. A..., B...*, n° 353168, T.). La Cour de cassation s'était ralliée à cette solution (C. Cass., Civ. 1^{er}, 1^{er} mars 2005, *Spedidam et Syndicat national des artistes musiciens c/ Société néerlandaise DDB Needham The Way et autres*, n° 02-10.903, Bull.).

Mais la loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 est venue remettre en cause cette construction jurisprudentielle. L'actuel article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle reconnaît à l'auteur d'une œuvre de l'esprit la jouissance, « du seul fait



de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif, opposable à tous », comportant « des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial » et auquel, comme le texte le précise expressément, il n'est pas dérogé lorsque l'auteur est un agent public. L'article L. 121-7-1 du même code aménage seulement, en pareil cas, les conditions d'exercice du droit de divulgation et prive l'auteur de la possibilité de s'opposer à la modification de l'œuvre dès lors que cette modification est décidée dans l'intérêt du service par l'autorité investie du pouvoir hiérarchique et sous réserve qu'elle ne porte pas atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'intéressé. Enfin, le droit d'exploitation est, dans certains cas, transféré de plein droit à l'administration dans des conditions encadrées par l'article L. 131-3-1 du même code.

Ce nouveau régime s'applique aux œuvres créées après son entrée en vigueur. Pour les œuvres antérieures, la loi prévoit une articulation entre l'ancien et le nouveau régime²⁶.

Il faut enfin préciser que l'article 196 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit a été lue comme créant, par dérogation aux principes gouvernant la responsabilité des personnes publiques, un bloc de compétence judiciaire couvrant toutes les actions fondées sur la méconnaissance par ces dernières de droits en matière de propriété littéraire et artistique (TC, 7 juillet 2014, *M. A... i c/ Maison départementale des personnes handicapées de Meurthe-et-Moselle*, n° 3954 et *M. A... c/ Département de Meurthe-et-Moselle*, n° 3955, Rec.).

²⁶ En vertu de l'article 50 de cette loi, les nouvelles règles qu'elle pose sont applicables, pour l'avenir, aux œuvres y compris anciennes ; en revanche toutes les questions afférentes à l'exploitation des œuvres des agents publics au titre de la période antérieure à la publication de la loi, de même que toutes les questions relatives aux modifications ou destructions d'œuvres intervenues avant la publication de la loi restent sous l'empire de l'ancien régime des droits d'auteur des agents publics (CE, 15 octobre 2014, *M. Delom de Mezerac*, n° 353168, T.).



FICHE N° 33 :

La responsabilité du service et la responsabilité personnelle de l'agent

CE, Ass., 18 novembre 1949, *Dlle Y...*, n° 91864, Rec.



L'essentiel

L'administration est responsable en cas de faute de service tandis que l'agent public est responsable en cas de faute personnelle. Selon les circonstances, la responsabilité du service et la responsabilité de l'agent peuvent se cumuler.



Les mots du juge

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que si, en s'écartant de son itinéraire normal pour des raisons indépendantes de l'intérêt du service, le sieur X... a utilisé le véhicule de l'État pour des fins différentes de celles que comportait son affectation, l'accident litigieux, survenu du fait d'un véhicule qui avait été confié à son conducteur pour l'exécution d'un service public, ne saurait, dans les circonstances de l'affaire, être regardé comme dépourvu de tout lien avec le service ; qu'il suit de là qu'alors même que la faute commise par le sieur X... revêtirait le caractère d'une faute personnelle, le ministre n'a pu valablement se prévaloir de cette circonstance pour dénier à la demoiselle Y... tout droit à réparation »

(CE, Ass., 18 novembre 1949, *Dlle Y...*, n° 91864, Rec.)



Commentaire

Les dommages causés par l'activité administrative peuvent ouvrir pour la victime un droit à réparation des préjudices qu'elle a subis. Selon les situations, la victime pourra rechercher la condamnation de l'administration pour faute de service devant le juge administratif (ou éventuellement sur le fondement d'un régime de responsabilité sans faute) ou elle pourra engager la responsabilité civile de l'agent public pour sa faute personnelle devant le juge judiciaire (indépendamment des conséquences pénales et disciplinaires qu'une faute commise par un agent public peut comporter).

Selon la célèbre formule d'Édouard LAFERRIERE, il y a faute de service « si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur », tandis qu'il y a faute personnelle s'il révèle « l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences » (conclusions prononcées sous TC, 5 mai 1877, *Laumonier-Carriol*, Rec. p. 437). Toutefois, la distinction entre ces deux catégories de fautes n'est pas absolue et les implications indemnitaires de cette distinction ne sont pas nécessairement binaires. La jurisprudence a en effet admis, en fonction des circonstances dans lesquelles le dommage s'est réalisé, que la responsabilité du service et la responsabilité personnelle de l'agent puissent se cumuler.

Certaines fautes engagent exclusivement la responsabilité du service ou la responsabilité de l'agent

Certaines fautes ne sont susceptibles d'engager que la responsabilité de l'administration. Ce sont des fautes qui mettent seulement en cause l'organisation et le fonctionnement du service. Elles engagent la responsabilité de l'administration en tant que personne morale, sans que la responsabilité personnelle du ou des agents à l'origine de l'acte dommageable ne soit reconnue.

À l'inverse, d'autres fautes sont d'une nature telle qu'elles ne peuvent être imputées à l'administration. Ce sont des fautes personnelles qui engagent la seule responsabilité civile de l'agent devant la juridiction judiciaire.

En pratique, cette faute personnelle correspond à la faute dépourvue de tout lien avec le service et à la faute d'une particulière gravité. Il y a ainsi faute personnelle lorsqu'un



agent commet des actes répréhensibles alors qu'il n'est pas en service et agit à titre privé : crime passionnel, altercation avec un voisin, accident de la route, etc. Il y a également faute personnelle lorsque l'acte commis par l'agent, même dans le cadre du service, est d'une gravité telle qu'il ne peut être rattaché à l'activité administrative : actes de violence, comportements malveillants, propos injurieux, etc. (TC, 19 mai 2014, *Mme E...B...c/ M. D...*, n° 3939, Rec. ; CE, 30 décembre 2015, *Commune de Roquebrune-sur-Argens*, n° s 391800 et 391798 (deux décisions), T. ; Cass., Civ. 1^{re}, 25 janvier 2017, n° 15-10852, Bull.).

Dans certaines circonstances, la responsabilité du service et la responsabilité de l'agent peuvent se cumuler

Le cumul de responsabilité du service et de responsabilité de l'agent peut résulter d'un cumul de fautes (CE, 3 février 1911, *Sieur X...*, n° 34922, Rec.). Un même dommage trouve son origine à la fois dans une faute de service et une faute personnelle, la première ayant permis la seconde. C'est un fonctionnement défectueux du service qui conduit à la réalisation de la faute personnelle. Dans cette situation, où les deux responsabilités se cumulent, la victime pourra poursuivre aussi bien l'administration que son agent.

Le cumul de responsabilité du service et de responsabilité de l'agent peut également résulter d'une seule faute, qui est personnelle, mais dont la réalisation est liée au service (CE, 26 juillet 1918, *Époux Y...*, n° 49595, Rec.). La faute personnelle a été commise à l'occasion du service ou avec les moyens du service. N'étant pas dépourvue de tout lien avec le service, elle engage à la fois la responsabilité de l'agent et celle de l'administration. À partir d'une faute unique, les deux responsabilités se cumulent et la victime pourra, dans cette hypothèse également, poursuivre aussi bien l'administration que son agent.

Par exemple, le conducteur d'un véhicule de l'État a commis une faute personnelle en se détournant de son itinéraire normal pour rendre visite à sa famille et, à cette occasion, a endommagé une maison par accident. La responsabilité de l'État peut être engagée car la faute a été commise avec un véhicule lui appartenant (CE, Ass., 18 novembre 1949, *Dlle Y...*, n° 91864, Rec.).

La responsabilité du service peut également être engagée en cas de décès accidentel causé par un agent manipu-

lant son arme de service en dehors de l'exercice de ses fonctions. C'est une faute personnelle, mais elle est liée au service, notamment parce que l'agent avait l'obligation de conserver son arme à domicile (CE, Ass., 26 octobre 1973, *Sieur Y...* n° 81977, Rec.). En revanche, si l'agent utilise volontairement son arme de service dans un but criminel, il s'agit exclusivement d'une faute personnelle insusceptible de mettre en cause la responsabilité de l'administration (CE, 23 juin 1954, *Dame veuve L...*, n° 17329, Rec.).

Il convient de relever que toute faute pénalement sanctionnée n'est pas nécessairement une faute personnelle (TC, 14 janvier 1935, *Sieur X...*, n° 00820, Rec.).

Il faut enfin noter que la notion de faute personnelle est utilisée pour déterminer si un agent public est en droit de bénéficier de la protection fonctionnelle (CE, Sect., 26 avril 1963, *Centre hospitalier de Besançon*, n° 42783, Rec. ; CE, Sect., 8 juin 2011, *M. Farré*, n° 312700, Rec.) (cf. la fiche n° 23 « Le droit à la protection fonctionnelle »).

l'administration ou l'agent peuvent, s'ils ont été condamnés alors que les responsabilités se cumulaient, se retourner l'un contre l'autre en exerçant des actions récursoires (cf. la fiche n° 34 « Les actions récursoires de l'agent et de son administration »).

Afin de protéger les agents publics sans priver les tiers de la possibilité d'obtenir réparation, la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 a modifié l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dont le II dispose désormais que : « La responsabilité civile du fonctionnaire ne peut être engagée par un tiers devant les juridictions judiciaires pour une faute commise dans l'exercice de ses fonctions ». À moins que le fonctionnaire ne soit poursuivi au titre d'une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions, la victime souhaitant obtenir réparation doit donc rechercher la responsabilité de l'administration, devant le juge administratif. Si, néanmoins, le fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui.

La responsabilité du service peut également être engagée en cas de décès accidentel causé par un agent manipu-



FICHE N° 34 :

Les actions récursoires de l'agent et de son administration

CE, Ass., 12 avril 2002, M. X..., n° 238689, Rec.



L'essentiel

Les actions récursoires permettent à l'agent ou à l'administration, condamnés à indemniser une victime, de se retourner l'un contre l'autre afin d'obtenir la prise en charge totale ou partielle des condamnations prononcées.



Les mots du juge

« Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : "Lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui"; que pour l'application de ces dispositions, il y a lieu – quel que soit par ailleurs le fondement sur lequel la responsabilité du fonctionnaire a été engagée vis-à-vis de la victime du dommage – de distinguer trois cas ; que, dans le premier, où le dommage pour lequel l'agent a été condamné civilement trouve son origine exclusive dans une faute de service, l'administration est tenue de couvrir intégralement l'intéressé des condamnations civiles prononcées contre lui ; que, dans le deuxième, où le dommage provient exclusivement d'une faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions, l'agent qui l'a commise ne peut au contraire, quel que soit le lien entre cette faute et le service, obtenir la garantie de l'administration ; que, dans le troisième, où une faute personnelle a, dans la réalisation du dommage, conjugué ses effets avec ceux d'une faute de service distincte, l'administration n'est tenue de couvrir l'agent que pour la part imputable à cette faute de service ; qu'il appartient dans cette dernière hypothèse au juge administratif, saisi d'un contentieux opposant le fonctionnaire à son administration, de régler la contribution finale de l'un et de l'autre à la charge des réparations compte tenu de l'existence et de la gravité des fautes respectives »

(CE, Ass., 12 avril 2002, M. X..., n° 238689, Rec.)



Commentaire

M. X...a été condamné par la cour d'assises de la Gironde à la peine de dix ans de réclusion criminelle pour complicité de crimes contre l'humanité assortie d'une interdiction pendant dix ans des droits civiques, civils et de famille en raison du concours actif qu'il a apporté, alors qu'il occupait les fonctions de secrétaire général de la préfecture de la Gironde entre juin 1942 et août 1944, à l'arrestation et à l'internement de plusieurs dizaines de personnes d'origine juive, qui ont été acheminées de Bordeaux à Drancy avant d'être déportées au camp d'Auschwitz où elles ont trouvé la mort. Il a également été condamné à payer aux parties civiles des dommages et intérêts et des frais de justice. Il a

demandé à l'État de le garantir de ces dernières condamnations. Il a porté le refus du ministre de l'intérieur de faire droit à sa demande devant le Conseil d'État.

Le règlement de ce litige a conduit l'Assemblée du contentieux à faire application des règles générales gouvernant les actions récursoires entre l'administration et son agent, lesquelles leur permettent, s'ils ont été condamnés pour une faute de service ou une faute personnelle (cf. la fiche n° 33 « La responsabilité du service et la responsabilité personnelle de l'agent »), de se retourner l'un contre l'autre.



L'agent condamné pour une faute qu'il impute en totalité ou en partie au service peut se retourner contre son administration

Condamné par le juge judiciaire à indemniser la victime, l'agent peut réclamer de l'administration qu'elle participe au paiement de la dette. S'il y a lieu, il contestera son refus devant la juridiction administrative (CE, Ass., 28 juillet 1951, *M. X...*, n° 01074, Rec.).

Si le dommage trouve son origine exclusivement dans une faute de service, l'administration devra prendre en charge l'intégralité de la dette. Ce principe a été repris à l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 qui, dans sa rédaction initiale, faisait obligation à l'administration de couvrir son agent contre les condamnations civiles dont celui-ci aurait fait l'objet à raison de fautes de service. La circonstance que le juge judiciaire ait condamné l'agent, à raison nécessairement d'une faute qu'il a considérée comme personnelle, ne fait pas obstacle à ce que le juge administratif la considère comme étant de service (CE, Sect., 26 avril 1963, *Centre hospitalier de Besançon*, n° 42783, Rec.). Désormais, le II de cet article (issu de l'art. 72 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018) prévoit que « la responsabilité civile du fonctionnaire ne peut être engagée par un tiers devant les juridictions judiciaires pour une faute commise dans l'exercice de ses fonctions », si bien, qu'en principe, la responsabilité civile de l'agent public ne peut être recherchée que dans le cas où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions lui est imputable. Mais, s'il venait néanmoins à être condamné civilement pour une faute commise dans l'exercice des fonctions, il peut toujours se retourner contre son administration.

À l'inverse, si le dommage résulte seulement d'une faute personnelle de l'agent exclusive de toute faute de service, le paiement de l'indemnité sera laissé en totalité à la charge de l'agent (ex. : CE, 17 décembre 1999, *M. X...*, n° 199598, Rec.). Ce sera le cas y compris lorsqu'on se trouve, selon la jurisprudence, face à une « *faute personnelle qui n'est pas dépourvue de tout lien avec le service* ». Cette dernière qualification permet le cas échéant à la victime d'engager la responsabilité de l'administration pour la faute commise par l'agent au lieu de se retourner contre l'agent (cf. la fiche n° 33 « La responsabilité du service et la responsabilité personnelle de l'agent »). Mais parce qu'il n'y a pas de faute de service, l'agent ne peut, pour sa part, obtenir gain de cause en se retournant contre l'administration.

En revanche, si le dommage provient à la fois d'une faute de service et d'une faute personnelle, la contribution finale à la dette sera partagée entre l'administration et son agent.

Dans l'affaire *X...*, le Conseil d'État a jugé que le comportement de *M. X...*, eu égard à sa gravité exceptionnelle, ne pouvait constituer qu'une faute personnelle détachable de l'exercice des fonctions. Néanmoins, à côté de la faute personnelle de *M. Papon*, il a retenu l'existence d'une faute de service, résultant des actes et agissements de l'administration qui ont permis et facilité les opérations préalables à la déportation.

Réciproquement, l'administration condamnée à indemniser une victime peut se retourner contre son agent

Si l'administration estime que l'indemnité à laquelle elle a été obligée envers la victime trouve son origine, en tout ou partie, dans une faute personnelle de l'agent, elle peut, après avoir indemnisé la victime, demander à son agent une contribution à la dette (CE, Ass., 28 juillet 1951, *M. X...*, n° 01074, Rec.). C'est notamment le cas lorsque l'administration est condamnée à indemniser la victime d'une « *faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service* ».

Bénéficiaire du privilège du préalable, l'administration n'est pas tenue de saisir une juridiction pour obtenir cette contribution. Elle pourra directement émettre un titre exécutoire. La contestation de ce titre par l'agent sera portée devant la juridiction administrative (TC, 26 mai 1954, *Sieur X...Rec.*).

En cas de partage, la contribution finale à la dette est appréciée en fonction de la gravité des fautes respectives de l'administration et de son agent dans la réalisation du dommage

La part de responsabilité de l'administration et de l'agent est déterminée en tenant compte de l'importance du lien de causalité entre chacune des fautes commises et le dommage.

Dans cette appréciation, c'est seulement le fonctionnement interne du service qui est en cause. Le sort de la victime y est étranger. Ainsi, pour déterminer la contribution respective de l'administration et de son agent à la dette, le juge administratif apprécie les fautes

commises en tenant compte d'une série d'éléments qui n'interviennent pas au stade de la responsabilité à l'égard de la victime, tels que la nature et l'importance des fonctions exercées par l'agent, son rôle dans la survenance de la faute de service, etc.

C'est à la lumière de ces principes que, dans l'affaire *X...*, le Conseil d'État a condamné l'État à prendre à sa charge la moitié des condamnations civiles prononcées par la cour d'assises de la Gironde.



FICHE N° 35 :

Le principe d'égal accès aux emplois publics

CC, 30 août 1984, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, n° 84-178 DC CC, 16 janvier 1986, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, n° 85-204 DC CC, 24 octobre 2012, *Loi portant création des emplois d'avenir*, n° 2012-656 DC CC, 1^{er} août 2019, *Loi de transformation de la fonction publique*, n° 2019-790 DC



L'essentiel

Proclamé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le principe d'égal accès aux emplois publics, dont le Conseil constitutionnel a précisé le champ d'application, impose que le recrutement à un emploi public ne soit fondé que sur les capacités, vertus et talents des candidats à cet emploi. Le respect de ce principe interdit donc toute forme de discrimination, positive ou négative, pour l'accès aux emplois publics. Il n'interdit pas, en revanche, l'existence de modes de recrutement dérogatoires au concours.



Les mots du juge

« Considérant que, selon les auteurs de la saisine, ces dispositions qui, pour une période transitoire de trois ans, prévoient des modalités particulières de recrutement de fonctionnaires des catégories A et B de la fonction publique du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, et instituent pour cela un mode d'accès aux corps des catégories A et B de la fonction publique du territoire sans vérification des capacités des candidats, seraient contraires au principe de l'égalité d'accès aux emplois publics et à la règle qui réserve le recrutement des emplois de catégorie A aux titulaires d'un diplôme de l'enseignement supérieur ; (...) qu'aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle n'impose que le recrutement des fonctionnaires de catégorie A s'effectue parmi les seuls titulaires de diplômes de l'enseignement supérieur ; (...) que les dispositions critiquées confient à une commission de sélection présidée par un magistrat de l'ordre administratif le soin de proposer les candidats les plus aptes qui, seuls, peuvent être nommés ; qu'ainsi la procédure organisée par la loi ne méconnaît pas le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics »

(CC, 30 août 1984, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, n° 84-178 DC)

« Considérant que, si le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics, proclamé par l'article 6 de la Déclaration de 1789, impose que, dans les nominations de fonctionnaires, il ne soit tenu compte que de la capacité, des vertus et des talents, il ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public ; Considérant qu'à supposer même qu'elles tendent à régler des problèmes circonstanciels posés par certaines situations individuelles, les dispositions des alinéas 1^{er} et 2 de l'article 21 de la loi ont valeur permanente et répondent, selon une appréciation qu'il appartenait au législateur de porter, à la volonté de diversifier le mode de recrutement de la haute fonction diplomatique ; (...) que, sans doute, la mise en œuvre de recrutements différenciés permise par l'article 6 de la Déclaration de 1789 ne saurait conduire, dans la généralité des cas, à remettre au seul gouvernement l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à la titularisation dans un corps de fonctionnaires pas plus qu'à placer, dans un tel corps, l'ensemble des fonctionnaires issus du recrutement par concours dans une situation d'infériorité caractérisée ; mais considérant que, par l'effet de l'alinéa 2 de l'article 21, la possibilité de nomination dans le corps des ministres plénipotentiaires prévue par l'alinéa 1^{er} de ce texte est limitée tant par la nécessité d'inscrire les emplois correspondant dans la loi de finances que par la fixation d'une proportion maximale de 5 p. 100 de tels emplois par rapport à l'effectif total des ministres plénipotentiaires ;



que, dans ces conditions, les alinéas 1^{er} et 2 de l'article 21 de la loi déferée à l'examen du Conseil constitutionnel ne sont pas contraires à la Constitution »

(CC, 16 janvier 1986, Loi portant diverses dispositions d'ordre social, n° 85-204 DC)

« Considérant, en premier lieu, qu'en vertu de la loi déferée les emplois d'avenir professeur s'adressent aux personnes se destinant aux "métiers du professorat"; que les contrats associés à ces emplois sont conclus pour une durée de douze mois renouvelable, dans la limite d'une durée totale de trente-six mois, afin que leurs bénéficiaires exercent une activité d'appui éducatif compatible avec la poursuite de leurs études et la préparation aux concours ; que ces étudiants s'engagent à poursuivre leur formation dans un établissement d'enseignement supérieur et à se présenter à un des concours de recrutement d'enseignants du premier ou du second degré organisés par l'État ; qu'en cas de réussite à l'un de ces concours, le contrat prend fin de plein droit avant son échéance normale ; que les bénéficiaires d'un tel emploi effectuent une durée hebdomadaire de travail adaptée à la poursuite de leurs études et à la préparation des concours auxquels ils se destinent ; que la rémunération versée au titre d'un emploi d'avenir professeur est cumulable avec les bourses de l'enseignement supérieur ; considérant, d'une part, qu'il ressort des caractéristiques de ces "emplois d'avenir professeur", que le législateur a mis en place, en complément des bourses de l'enseignement supérieur, un dispositif social d'aide à l'accès aux emplois de l'enseignement visant à faciliter l'insertion professionnelle et la promotion sociale d'étudiants qui se destinent au professorat ; qu'ainsi, il n'a pas créé des emplois publics au sens de l'article 6 de la déclaration de 1789 ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance du principe de l'égal accès aux emplois publics doit être écarté »

(CC, 24 octobre 2012, Loi portant création des emplois d'avenir, n° 2012-656 DC)

« 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. /En second lieu, d'une part, il résulte de l'article 15 de la loi déferée, du 1^{er} 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^{er} et 2^o 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. /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. /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. »

(CC, 1^{er} Août 2019, Loi de transformation de la fonction publique, n° 2019-790 DC)



Champ d'application

Le Conseil constitutionnel a jugé que la notion d'emploi public recouvrirait à la fois les emplois occupés par des fonctionnaires et par des agents contractuels (pour un cas d'application du principe à des non fonctionnaires, voir la décision CC, 16 juillet 2009, Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, n° 2009-584 DC, s'agissant de la possibilité de nommer des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire à la tête d'établissements publics de santé). Dans ce dernier cas, elle s'applique tant aux emplois associés à des contrats de droit privé qu'à des contrats de droit public (CC, 24 octobre 2012, Loi portant création des emplois d'avenir, n° 2012-656 DC). Le Conseil d'Etat a cependant

circonscriit le champ d'application de cette notion dans le cas particulier de la reprise de contrats de travail par une personne publique à laquelle est transférée une entité économique employant des agents de droit privé, jugeant que cette reprise ne constitue pas, par elle-même, une opération de recrutement soumise au principe d'égal accès aux emplois publics en vertu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (CE, Section, 8 mars 2013, Syndicat des cadres de la fonction publique, n° 355788, Rec.).

Le Conseil constitutionnel a précisé que tout emploi au service d'une personne publique ne constituait pas



nécessairement un emploi public au sens de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, cette qualification devant s'apprécier au regard des caractéristiques intrinsèques de chaque emploi. Il a estimé, au regard des caractéristiques des contrats de courte durée associés aux « emplois d'avenir professeur », destinés à des étudiants s'engageant à suivre une formation supérieure et à présenter l'un des concours

de recrutement d'enseignants du premier ou du second degré organisés par l'État, que ces emplois ne constituaient pas des emplois publics mais un dispositif social d'aide à l'accès aux emplois de l'enseignement (CC, 24 octobre 2012, Loi portant création des emplois d'avenir, n° 2012-656 DC). Il en a déduit que ces emplois étaient hors du champ du principe d'égal accès aux emplois publics.

Portée

Le principe d'égal accès aux emplois publics n'interdit pas l'existence de modalités de recrutement variées dans la fonction publique.

Le Conseil constitutionnel a précisé que si ce recrutement se fait en général par la voie du concours, des recrutements sans concours peuvent être mis en place à condition qu'il ne soit tenu compte que des capacités, vertus et talents des intéressés (voir, s'agissant des modalités particulières de recrutement des fonctionnaires de catégorie A et B mises en place à titre transitoire en Nouvelle-Calédonie, la décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances; voir également, s'agissant du recrutement au tour extérieur, la décision n° 84-179 DC du 12 septembre 1984, Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public).

Ainsi, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les recrutements par contrat sur des emplois permanents dès lors que les autorités compétentes fondent leur décision de nomination sur la capacité des intéressés à remplir leurs missions. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel relève que le contrôle automatique exercé par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) à l'occasion de la nomination d'agents contractuels sur des emplois publics dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifie constitue une garantie supplémentaire permettant de s'assurer du respect du principe d'égal accès aux emplois publics (CC, 1er Août 2019, Loi de transformation de la fonction publique, n° 2019- 790 DC)¹.

Le Conseil d'État a adopté la même solution en jugeant que, alors même qu'aucune règle ni aucun principe n'interdit de prévoir que certains fonctionnaires puissent être recrutés sans concours, il incombe à l'autorité compétente de ne procéder au recrutement de fonctionnaires qu'après avoir précisé les modalités selon lesquelles les aptitudes des candidats seront examinées et, s'étant conformé à ces modalités, de ne fonder sa décision de nomination que sur les vertus, talents et capacités des intéressés à remplir leurs missions au regard de la nature du service public considéré et, le cas échéant, des règles statutaires gouvernant le ou les corps dans lesquels ils pourraient être intégrés. Faisant application de ces principes, il a censuré les dispositions d'une « loi du pays » de la Polynésie française ouvrant à des salariés de droit privé dont l'activité est reprise par une personne publique un droit inconditionnel à titularisation dans la fonction publique de la Polynésie

française (CE, Sect., 8 mars 2013, *Syndicat des cadres de la fonction publique*, n° 355788, Rec.).

Est également autorisée l'organisation de concours différenciés par catégories de candidats (CC, 16 janvier 1986, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, n° 85-204 DC ; CC, 21 février 1992, *Loi organique modifiant l'ordonnance n° 58 1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, n° 92-305 DC ; et CC, 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*, n° 2001-445 DC). Le Conseil constitutionnel a ainsi validé la création d'une troisième voie de recrutement à l'École nationale d'administration (CC, 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, n° 82-153 DC), estimant que : « Le principe de l'égal accès des citoyens aux emplois publics (...) ne s'oppose pas à ce que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans une école de formation ou dans un corps de fonctionnaires soient différenciées pour tenir compte tant de la variété des mérites à prendre en considération que de celle des besoins du service public ».

En revanche, le principe d'égal accès aux emplois publics s'oppose à toute discrimination, positive ou négative. Le Conseil constitutionnel a ainsi censuré des dispositions introduisant une distinction selon le sexe dans la composition des listes de candidats au Conseil supérieur de la magistrature (CC, 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature*, n° 2001-445 DC). Pour sa part, le Conseil d'État a censuré des dispositions introduisant un critère social pour l'accès aux emplois d'ouvriers du ministère de la défense (CE, 10 janvier 1986, *Fédération nationale travailleurs de l'État CGT*, n° 62161, Rec.) ; des dispositions réservant l'accès aux emplois militaires de construction navale à des personnes licenciées par des entreprises privées de construction navale (CE, 14 février 1990, *Fédération syndicaliste Force-Ouvrière de la défense, des industries de l'armement et secteurs assimilés*, n° 104275, T.) ; ou encore des dispositions créant un régime d'accès privilégié à l'École nationale d'administration réservé aux élèves de l'École normale supérieure et de l'École normale supérieure de jeunes filles ou de l'établissement unique issu de leur regroupement ayant achevé leur troisième année de scolarité (CE, Ass., 21 décembre 1990, *Amicale des anciens élèves de l'école normale supérieure de Saint-Cloud*, n° 72834, 72897, Rec.).

¹ Le Conseil constitutionnel avait validé les recrutements hors concours à condition qu'il ne soit tenu compte que des capacités, vertus et talents des intéressés dans une précédente décision concernant les modalités particulières de recrutement des fonctionnaires de catégorie A et B mises en place à titre transitoire en Nouvelle-Calédonie, cf. CC, 30 août 1984, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, n° 84-178 DC ; ou concernant le recrutement au tour extérieur, cf. CC, 12 septembre 1984, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, n° 84-179 DC).



Principe du recrutement par concours

En dépit de la diversité des modes de recrutement possibles, l'accès à la fonction publique s'opère majoritairement par la voie du concours (cf. la fiche n° 37 « Les voies dérogatoires au concours »). Ces concours peuvent être organisés sur titres ou sur épreuves. Dans le premier cas, la sélection des candidats passe par l'examen de leurs mérites par le jury au vu d'un dossier composé de leurs titres, diplômes et de tous autres éléments propres à démontrer leur compétence et leurs aptitudes. Dans le second, ces derniers doivent se soumettre à diverses épreuves écrites et orales permettant à un jury d'apprécier leurs mérites respectifs. Le concours sur épreuves est de loin le plus répandu, bien que les statuts des trois fonctions publiques prévoient la possibilité que soient organisés des concours sur titres ou sur titres et travaux, le cas échéant complétés d'épreuves². On distingue ensuite les concours externes, internes et troisième concours. Les premiers, qui comportent des conditions de diplôme ou de niveau d'étude, constituent la voie privilégiée de recrutement

des jeunes diplômés. Les seconds constituent un moyen de promotion interne. Ils sont ouverts aux candidats justifiant déjà d'un certain nombre d'années d'ancienneté dans la fonction publique ou en qualité d'agent de droit public. Enfin, la voie du troisième concours est ouverte aux candidats justifiant d'un certain nombre d'années d'expérience en dehors de l'administration, que ce soit en entreprise, dans une association, en tant qu'élus ou représentant syndical. Enfin, si la plupart des concours de la fonction publique sont des concours donnant accès à des fonctions spécialisées, certains sont généralistes, tels que le concours de l'École nationale d'administration ou ceux des instituts régionaux d'administration.

Pour plus de précisions sur le recrutement par concours et ses suites, le lecteur pourra utilement se reporter aux fiches n° 37 « Concours et examen professionnel », n° 38 « Les conditions requises pour concourir » et n° 39 « Le devoir d'impartialité du jury ».



² Pour la fonction publique d'État : art. 19 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 36 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 29 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

FICHE N° 36 :

Concours et examen professionnel

CE, Sect., 6 mars 2009, *Syndicat national des ingénieurs de l'industrie et des mines*, n° 309922, Rec.



L'essentiel

Le concours et l'examen professionnel constituent les deux procédures mises en œuvre par l'administration pour sélectionner les candidats à l'emploi public. Dès lors qu'elles doivent respecter le principe d'égal accès aux emplois publics, ces « techniques de sélection » présentent des analogies, s'agissant notamment du cadre dans lequel s'inscrivent les jurys chargés d'évaluer les mérites de chaque candidat. La jurisprudence administrative a progressivement dégagé des critères qui permettent de distinguer le concours de l'examen.



Les mots du juge

« Considérant que, faute de satisfaire aux conditions prévues par les articles 22, 22 bis, 24, 25 et 27 de la loi du 11 janvier 1984, et en l'absence de dispositions législatives spéciales, le décret attaqué n'a pu légalement exclure la voie du concours au titre de la promotion interne ; que, si (...) cette promotion peut s'effectuer par la voie d'un examen professionnel, cette modalité ne saurait être regardée comme équivalente à un concours interne, dès lors que les membres du jury de cet examen complètent leur appréciation des mérites des candidats par la consultation de leur dossier individuel administratif » (CE, Sect., 6 mars 2009, *Syndicat national des ingénieurs de l'industrie et des mines*, n° 309922, Rec.)



Commentaire

Des techniques de sélection qui mettent en œuvre le principe d'égal accès aux emplois publics et n'ont pas valeur constitutionnelle

Le concours et l'examen professionnel constituent deux « techniques de sélection » pour entrer dans la fonction publique ou progresser en son sein, qui permettent de respecter les dispositions de l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen assurant un principe d'égalité d'accès aux emplois publics fondé sur les seuls mérites des candidats (cf. la fiche n° 35 « Le principe d'égal accès aux emplois publics »).

Étant des techniques de mise en œuvre du principe d'égal accès aux emplois publics, ni l'examen, ni le concours n'ont valeur constitutionnelle (CC, 30 août 1984, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, n° 84-178 DC). Le recrutement par concours est qualifié de « garantie fondamentale », ce qui peut conduire le législateur à l'écarter (CC, 19 février 1963, *Dispositions statutaires relatives au corps des commissaires de l'air*, n° 63-23 L). Le Conseil constitutionnel a toutefois posé une réserve en estimant que « la mise en œuvre de recrutements différenciés permise par l'article 6 de la déclaration de 1789 ne peut conduire, dans la généralité

des cas, à remettre au seul Gouvernement l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à la titularisation dans un corps de fonctionnaires » (CC, 16 janvier 1986, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, n° 85-204 DC).

La technique du concours constitue le principe dans la fonction publique, comme le prévoit l'article 16 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « Les fonctionnaires sont recrutés par concours sauf dérogation prévue par la loi ». Il ne s'agit d'ailleurs pas que d'un mode de recrutement en dehors de la fonction publique puisque le concours interne constitue l'une des principales modalités de la promotion interne (cf. la fiche n° 53 « La promotion interne »). Toutefois, la diversité des talents et les besoins du service permettent au législateur de créer autant de voies de recrutement que nécessaires pour l'accès à un corps, cadre d'emplois ou emploi (CC, 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, n° 82-153 DC, à propos de la troisième voie d'accès à l'École nationale d'administration).



Dès lors, il existe plusieurs dérogations au principe du concours (cf. la fiche n° 37 « Les voies dérogatoires au concours »). Pour se limiter à l'État, celui-ci peut recruter sur des emplois publics :

- des agents contractuels (art. 3 et suivants de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984) dans le respect, à compter du 1^{er} janvier 2020, de la procédure prévue par le décret n° 2019-1414 du 19 décembre 2019 relatif à la procédure de recrutement pour pourvoir les emplois permanents de la fonction publique ouverts aux agents contractuels (pris en application du I de l'article 32 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, issu de l'article 15 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique) ;
- des fonctionnaires hors la voie du concours (art. 22 et suivants de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984), pour des motifs divers comme les emplois réservés pour la réorientation des militaires ou l'intégration des personnes souffrant d'un handicap, le recrutement dit « sans concours »

La distinction juridique entre concours et examen professionnel

La même diversité se retrouve pour prononcer les promotions de grade : soit la promotion au choix (l'administration portant elle-même une appréciation sur les mérites pour choisir les promus), soit après sélection par voie d'examen professionnel, ces deux techniques intervenant préalablement à l'inscription sur un tableau annuel d'avancement, soit par réussite d'un concours professionnel.

Il en va de même pour assurer la promotion de corps : celle-ci peut tirer son origine d'une promotion au choix, par inscription sur liste d'aptitude, ou résulter d'un examen professionnel, réservé aux membres d'un corps relevant du même département ministériel, ce qui le distingue du concours interne.

Les statuts particuliers déterminent s'il y a lieu de prévoir une autre modalité que le seul choix pour l'avancement de grade et, le cas échéant, laquelle de ces techniques de sélection, examen professionnel ou concours professionnel, est applicable. Le juge administratif n'est pas tenu par le terme de « concours » ou d'« examen » utilisé par les textes et peut requalifier la procédure de sélection selon sa véritable nature (CE, 23 juin 1922, *Dlle Froment*, Rec. ; CE, 1^{er} décembre 1948, *Sieur Pras*, Rec. ; CE, Ass., 13 juillet 1967, *Sieur Z...*, n° 68680, Rec.).

Concours et examen ont un point commun : l'appréciation des mérites des candidats est externalisée par rapport à l'administration, qui ne la contrôle plus. Le jury, même s'il peut être composé en tout ou partie de fonctionnaires, est souverain et n'est soumis à aucun pouvoir hiérarchique dans son appréciation des mérites des candidats.

En premier lieu, pour distinguer le concours de l'examen, qu'il s'agisse d'une modalité de recrutement externe ou de promotion interne, le nombre limité ou non de postes offerts aux candidats est un élément déterminant (CE, Ass., 13 juillet 1967, *Sieur Gueslin*, n° 68680, Rec.) : un concours est organisé pour pourvoir un certain nombre de postes par appréciation des mérites respectifs des candidats tandis qu'un examen doit déterminer si le candidat présente l'aptitude professionnelle requise, sans que le nombre

des personnes disposant de peu de qualifications dans l'échelle de rémunération la moins élevée de la fonction publique, les tours extérieurs permettant l'accès de fonctionnaires de catégorie A à la hiérarchie des corps, etc.

Dans tous les cas, la nomination ne doit se faire qu'en fonction des mérites et des talents, y compris lorsque la nomination est à la discrétion du Gouvernement (à propos d'une nomination par le « tour extérieur » : CE, Ass., 16 décembre 1988, *M. X...*, n° 77713, Rec.).

Au sein de ces différentes voies d'accès à la fonction publique, le Conseil d'État considère que les règles de recrutement destinées à permettre l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à l'entrée dans un corps de fonctionnaires peuvent être différenciées pour tenir compte de la variété des situations et en particulier des études suivies ou des expériences professionnelles antérieures, ainsi que des besoins du service public (CE Ass., 12 décembre 2003, *M. Jean X... et autres*, n° 245607, Rec.).

de promus ne puisse être limité *a priori*. On peut tirer de cette différence fondamentale trois autres différences entre le concours et l'examen.

Dans les deux cas, le rôle du jury est d'apprécier les mérites des candidats. Pour le concours, cela conduit à opérer un classement des candidats par ordre de mérite qui ne peut ensuite plus être remis en cause (CE, Sect., 30 mars 1981, *M. Aubert et autres*, n° 14733, Rec. ; CE, 25 novembre 2009, *M. Jean A*, n° 317419, T.). En effet, les décisions de nomination à l'issue d'un concours « ne peuvent légalement (...) être prises en fonction d'éléments d'appréciation autres que l'ordre de mérite des candidats établi par le jury » (CE, Ass., 29 décembre 1978, *Association générale attachés d'administration centrale*, n° 03285, Rec.). Le nombre de candidats retenus peut d'ailleurs être inférieur au nombre de postes à pourvoir, le jury pouvant estimer que la qualité des candidats admissibles est insuffisante (CE, 2 juin 1993, *Département du Val-de-Marne c/ M. Y...* n° 55053, T.). S'il doit, en principe, élaborer une liste complémentaire, il n'y est *a fortiori* pas obligé, faute de candidats aptes à y figurer (CE, 11 juin 2004, *Mme Y...et Mme X...*, n° 253787, T.).

En revanche, si le jury d'examen peut classer les candidats par ordre de mérite, cela n'est pas obligatoire : son rôle consiste fondamentalement à évaluer les mérites des candidats, notamment pour déterminer s'ils ont les compétences requises pour acquérir un certain grade.

En deuxième lieu, les mérites des différents candidats doivent être, en principe, *uniquement* appréciés d'après la valeur des épreuves subies par chacun d'eux (CE, Sect., 23 décembre 1955, *Sieur Lévy*, Rec.) : ainsi, le jury d'un concours ne peut, en principe, pas compléter son appréciation des mérites des candidats par la consultation de leur dossier individuel administratif (CE, Sect., 6 mars 2009, *Syndicat national des ingénieurs de l'industrie et des mines*, n° 309922, Rec.), alors qu'une telle consultation est possible à l'occasion d'un examen professionnel dès lors qu'elle s'effectue dans les mêmes conditions pour chaque candidat (CE, Ass., 28 juin 1991, *M. X...*, n° 104589, Rec.). La loi permet aux statuts particuliers d'autoriser cette



faculté pour l'avancement de grade par voie d'examen professionnel³.

En troisième et dernier lieu, la marge de l'autorité administrative n'est pas exactement la même. L'autorité administrative n'est pas tenue de nommer les candidats reçus à un concours (CE, 14 octobre 1964, *Sieur Grall*, n° 60340, Rec. ; CE, 7 avril 1995, *M. X...*, n° 123999, T.), puisqu'elle peut renoncer au recrutement. En revanche, si elle procède aux nominations, elle doit obligatoirement le faire en respectant l'ordre de mérite élaboré par le jury (sauf si certains des candidats ne remplissent pas les autres conditions pour être nommés). La réussite à un concours ne donne donc que *vocation* à être nommé et, si les nécessités du service le justifient, il peut n'y avoir aucune nomination (CE, 30 juin 1950, *Sieur Brugère*, Rec.).

Lorsqu'un avancement de grade se fait par inscription à un tableau d'avancement établi après examen professionnel, l'administration conserve une plus grande latitude. Le jury doit déclarer admis à l'examen toutes les personnes qui ont le niveau requis, ce qui peut représenter plus de candidats qu'il n'y a de postes ouverts à la promotion. L'administration inscrit ensuite ces personnes sur le tableau d'avancement dans ce qu'elle estime être l'ordre de mérite au vu de leur manière de servir et de leur capacité. Les nominations sont prononcées dans cet ordre.

Le recours à l'examen professionnel constitue donc un intermédiaire entre le système du choix direct par l'administration et celui du concours où l'administration est entièrement liée par le classement établi par le jury. Les effets contentieux de cette distinction entre concours et

examen sont décisifs pour les candidats et l'autorité qui organise le recrutement.

Le candidat à un examen professionnel n'est recevable à demander l'annulation de la délibération par laquelle le jury a arrêté la liste d'admission qu'en tant que ce jury l'a exclu de cette liste (CE, 25 novembre 2009, *M. A...*, n° 317419, T.). En effet, le recours à l'examen professionnel consiste à vérifier individuellement les compétences professionnelles de chaque candidat, sans procéder à une comparaison des mérites respectifs des différents candidats.

À l'inverse, le candidat à un concours doit diriger sa requête contre l'ensemble de la délibération du jury, voire l'ensemble des opérations du concours et non pour la seule part qui le concerne. Le recours ainsi dirigé contre la délibération du jury d'un concours est directement fondé sur le fait que l'appréciation des aptitudes présentées par les candidats a un caractère indivisible (CE, Sect., 27 mars 1987, *Mlle Chantal E...*, n° 47143, Rec.).

Dans la mesure où il résulte d'un « principe du droit des concours » que le jury d'un concours doit « opérer une comparaison et une sélection des candidats sur leur valeur et leurs mérites respectifs » (CE, 17 décembre 2003, *Syndicat autonome du personnel enseignant des sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion des universités*, n° 246494, Rec.), l'appréciation du jury portée sur un candidat a nécessairement des conséquences sur l'appréciation qu'il a portée sur les autres candidats. Faussée, cette appréciation peut vicier la sélection et le classement opérés par le jury.

De quelques principes applicables aux jurys de concours et d'examen pour garantir l'égalité d'accès aux emplois publics

Qu'il s'agisse de concours ou d'examen professionnel, plusieurs principes communs s'appliquent au jury pour garantir une égale accessibilité aux emplois publics :

- les règles procédurales liées à la désignation du jury sont identiques, s'agissant notamment de l'arrêté nommant les membres du jury. Si sa composition doit tenir compte de l'objectif de représentation équilibrée entre femmes et hommes, la considération du sexe ne saurait faire prévaloir sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications (CE, Sect., 22 juin 2007, *M. Pascal A...*, n° 288206, Rec.).

Toutefois, cette jurisprudence n'est plus de droit positif. À la suite de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui, en modifiant l'article 1^{er} de la constitution du 4 octobre 1958, a notamment permis à la loi de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités professionnelles, l'article 55 de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 est venu imposer une proportion minimale obligatoire de 40 % de chaque sexe. À l'occasion de l'adoption de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, cette règle a été intégrée à l'article 16 ter de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. De la même façon, la règle prévoyant l'alternance de la présidence

des jurys entre les femmes et les hommes, instituée par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, figure désormais à l'article 16 quater de la loi du 13 juillet 1983, l'alternance devant être organisée au moins toutes les quatre sessions consécutives.

- le règlement du concours ou de l'examen, c'est-à-dire les épreuves et les modalités de contrôle, doivent être portées à la connaissance des candidats (CE, 16 décembre 1983, *M. Ouchène X...*, n° 41128, T.).

- il est interdit à tout jury de prendre en compte des éléments totalement « étrangers aux critères permettant au jury d'apprécier l'aptitude d'un candidat », en posant notamment des questions constitutives de l'une des distinctions directes ou indirectes prohibées par les articles 6, 6 bis, 6 ter A, 6 ter, 6 quinquies et 6 sexies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et révélant une méconnaissance du principe d'égal accès aux emplois publics (CE, Ass., 28 mai 1954, *Sieur X...* et autres, n° 28238, Rec. ; CE, 28 septembre 1988, *M. Paul Y...*, n° 43958, Rec. ; CE, 10 avril 2009, *M. X...*, n° 311888, Rec.).

Tout jury doit respecter le règlement du concours ou de l'examen qui fixe les programmes ou la nature des

3 Pour la fonction publique d'État : art. 58 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 69 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.



épreuves : il ne peut être modifié par le jury en l'absence de dispositions l'y autorisant, même avec l'assentiment des candidats (CE, 13 juillet 1917, *Sieurs Savornat et Tournadec*, Rec.), ce qui rend, par exemple, illégal l'ajout d'une épreuve non prévue (CE, 19 mai 1993, *M. Y...*, n° 133432, T.). Le jury d'un examen professionnel ou d'un concours peut arrêter un seuil d'admission supérieur au seuil minimal fixé par l'arrêté qui l'organise (CE, 12 mai 2017, n° 396335, T.).

- après une délibération proclamant les résultats des épreuves, la compétence *ratione temporis* du jury prend fin : il ne peut être procédé à aucune nouvelle appréciation des mérites des candidats, que ce soit à l'initiative du jury lui-même (CE, 17 juin 2005, *Mme X...* n° 253800, T.) ou à l'invitation de l'administration (CE, 12 décembre 1994, *M. Cottereau et autres*, n° 135460, T.).

Surtout, plusieurs principes permettant de garantir l'égalité des candidats devant la procédure de sélection doivent s'appliquer aux jurys de concours ou d'examen. Il s'agit notamment des principes d'*indépendance*, de *souveraineté*, d'*unicité* et d'*impartialité* du jury.

Les principes d'*indépendance* et de *souveraineté* du jury découlent du principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics.

Le juge administratif censure tout « *empiètement de l'administration sur les prérogatives du jury du concours* » (par exemple : CE, Sect., 8 octobre 1965, *Sieur X...*, n° 56939, Rec.). Symétriquement, il n'appartient pas au juge administratif de contrôler l'appréciation faite par le jury d'un examen ou d'un concours de la valeur des candidats (CE, 20 mars 1987, *M. X...*, n° 70993, Rec.). En outre, la délibération d'un jury de concours ou d'examen n'a pas à être motivée (CE, 29 juillet 1983, *M. X...*, Rec. ; CE, 22 juin 1992, *M. X...*, n° 122085, T.). Par ailleurs, l'appel à des correcteurs non membres du jury ne doit pas porter atteinte à son indépendance (CE, Sect., 23 décembre 1988, *MM. Y...et Y...*, n° 76473, Rec.) Les principes d'*indépendance* et de *souveraineté* du jury font aussi obstacle à toute demande

de nouvelle délibération demandée par l'autorité de recrutement (CE, 12 décembre 1994, *M. Cottereau et autres*, n° 135460, T.).

S'agissant du principe d'*unicité* du jury, qui découle aussi du principe constitutionnel d'égal accès aux emplois publics, il implique que le jury doit être au complet et respecter les équilibres fixés par le règlement, tout au long des épreuves ou délibérations, jusqu'à la délibération finale (CE, 17 juin 1927, *Sieur Bouvet*, Rec.), puisqu'il se fonde sur une appréciation des aptitudes de l'ensemble des candidats (pour un rappel récent : CE, 21 juillet 2006, *M. A...*, n° 267853, T.).

En cas de défaillance d'un membre du jury avant le début des épreuves, l'administration doit le remplacer si elle dispose d'un délai suffisant (CE, 6 janvier 1989, *M. Penaud*, n° 69794, Rec.). Lorsqu'un membre du jury est absent, il doit justifier d'un « *motif légitime d'absence* ». À défaut, son absence vicie la délibération (CE, Sect., 5 février 1960, *Premier ministre c/ Sieurs Y...et X...*, Rec. ; CE, 13 février 1971, n° 75676, Rec.), même si l'information des candidats à propos d'une telle absence est sans influence sur la légalité de sa délibération (CE, 29 avril 2002, *Mlle Anne-Claire X...*, n° 230159, T.).

En outre, le remplacement d'un membre du jury est exclu : le principe d'égal accès aux emplois publics, dont découle l'unicité du jury, interdit que la composition du jury évolue selon les épreuves (CE, 15 avril 1996, *M. X...*, n° 155570, T.).

S'agissant du principe d'*impartialité* du jury (cf. la fiche n° 39 « Le devoir d'impartialité du jury »), il s'entend tant subjectivement qu'objectivement (CE, 17 octobre 2016, n° 386400, T., à propos des concours ; et CE, 7 juin 2017, n° 382986, T., à propos des examens professionnels). Un problème d'impartialité oblige au déport ou à l'absence de participation au jury. Il faut rappeler que la procédure de récusation n'existe pas pour les jurys en l'absence de texte spécifique (CE, 14 novembre 2008, *M. A...*, n° 305467, Rec.).



FICHE N° 37 :

Les voies dérogatoires au concours

CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. C-149/79 CE, Ass., 16 décembre 1988, *M. X...*, n° 77713, Rec. CE, 21 janvier 1991, *Mlle Mireille X...*, n° 103427, Rec.

CJCE, 9 septembre 2003, *Mme X...*, *c/ Ministère de l'emploi et de la solidarité*, aff. C-285/01 CE, 14 novembre 2008, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale*, n° 311312, T.

CE, Ass., 11 juillet 2012, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration du ministère de l'intérieur*, n° 348064, Rec.



L'essentiel

Le principe posé par l'article 16 de la loi n 83-634 du 13 juillet 1983 est celui du recrutement par concours dans la fonction publique. Ce principe est toutefois assorti de diverses exceptions, au nombre desquelles figurent des dispositifs visant à favoriser la promotion interne ou à contribuer à l'insertion professionnelle de certaines catégories de personnes, ainsi que les nominations au tour extérieur. Sous l'influence du droit de l'Union européenne, peuvent également être recrutés sans concours des ressortissants d'autres États membres qui disposent de formations et diplômes équivalents à ceux requis dans la fonction publique française.



Les mots du juge

« L'article 48, paragraphe 4 du traité [sur la Communauté économique européenne] prévoit que "les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l'administration publique". Cette disposition place en dehors du champ d'application des trois premiers paragraphes de ce même article un ensemble d'emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques. De tels emplois supposent en effet, de la part de leurs titulaires, l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État ainsi que la réciprocité de droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité »

(CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. C-149/79)

« Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la loi du 13 septembre 1984 : "Par dérogation aux dispositions de l'article 19 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'État, les statuts particuliers des corps d'inspection ou de contrôle doivent prévoir la possibilité de pourvoir aux vacances d'emploi dans le grade d'inspecteur général ou de contrôleur général, par décret en conseil des ministres, sans condition autre que l'âge. La proportion des emplois ainsi pourvus doit être égale au tiers des emplois vacants" ; que si ces dispositions laissent une très large liberté de choix au gouvernement, elles ne le dispensent pas de respecter, pour les nominations concernées, la règle posée par l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme, selon lesquelles "tous les citoyens (...) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois public, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents" ; que l'appréciation des capacités des candidats, à laquelle se livre l'autorité investie du pouvoir de nomination, doit s'effectuer en tenant compte des attributions confiées aux membres du corps dont il s'agit et des conditions dans lesquelles ils exercent leurs fonctions »

(CE, Ass., 16 décembre 1988, *M. X...*, n° 77713, Rec.)

« Considérant, d'une part, qu'il n'appartient pas au jury d'apprécier l'aptitude physique d'un candidat ; que, d'autre part, les aménagements dont bénéficient les candidats handicapés ont pour seul objet de rétablir l'égalité entre les candidats et non de créer une inégalité au détriment des candidats valides ; qu'ainsi en fondant son appréciation sur l'aptitude physique de Mlle Mireille X..., à exercer des



fonctions d'enseignement et sur les facilités dont elle avait régulièrement bénéficié pour le déroulement des épreuves, le jury a commis une erreur de droit ; que, dès lors, Mlle Mireille X..., est fondée à soutenir que l'ensemble des épreuves d'admission est entaché d'irrégularité et à demander pour ce motif l'annulation de la délibération du jury en date du 8 juillet 1988 fixant la liste des candidats admis et la déclarant non admise au concours du CAPES de sciences physiques, session de 1988 » (CE, 21 janvier 1991, Mlle Mireille X..., n° 103427, Rec.)

« Lorsqu'un ressortissant d'un État membre possède un diplôme, obtenu dans un État membre, qui est équivalent à celui requis dans un autre État membre pour accéder à un emploi dans la fonction publique hospitalière, le droit communautaire s'oppose à ce que les autorités du dernier État membre subordonnent l'intégration de ce ressortissant dans ledit emploi à la réussite d'un concours tel que le concours d'admission à l'École nationale de la santé publique » (CJCE, 9 septembre 2003, Mme X..., c/ Ministère de l'emploi et de la solidarité, aff. C-285/01)

« Considérant que les dispositions législatives précitées imposent à l'autorité administrative de prendre tant les règlements spécifiques que les mesures appropriées au cas par cas pour permettre l'accès de chaque personne handicapée à l'emploi auquel elle postule sous réserve, d'une part, que ce handicap n'ait pas été déclaré incompatible avec l'emploi en cause et, d'autre part, que lesdites mesures ne constituent pas une charge disproportionnée pour le service ; que ces dispositions ne font pas obstacle à l'édition, pour le bon fonctionnement du service public, des obligations de portée générale qui fixent des conditions d'aptitude physique liées à l'exercice même de certains emplois » (CE, 14 novembre 2008, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale, n° 311312, T.)

« Considérant qu'il ne ressort ni de l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984, ni du décret du 24 juillet 1985 que ces dispositions aient entendu, lorsque l'autorité investie du pouvoir de nomination envisage de nommer à l'un des emplois supérieurs laissés à la décision du gouvernement un fonctionnaire relevant de dispositions statutaires ou réglementaires qui fixent des conditions particulières d'accès à cet emploi, excepter ce fonctionnaire de l'application de ces dispositions particulières ; qu'en revanche, celles-ci ne sont pas applicables et, par suite, ne peuvent limiter la faculté de choix de l'autorité investie du pouvoir de nomination lorsqu'elle entend nommer une autre personne, que celle-ci ait ou non la qualité de fonctionnaire » (CE, Ass., 11 juillet 2012, Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration du ministère de l'intérieur, n° 348064, Rec.)



Commentaire

L'article 16 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dispose que : « Les fonctionnaires sont recrutés par concours sauf dérogation prévue par la loi. ». Il pose le principe selon lequel

les fonctionnaires sont recrutés par la voie du concours, tout en admettant la possibilité pour le législateur de créer des exceptions à ce principe. Ces dernières sont très diverses.

La promotion interne sans concours

Si la promotion interne peut avoir lieu sur concours (cf. les fiches n° 35 « Le principe d'égal accès aux emplois publics » et n° 38 « Les conditions requises pour concourir »), elle peut également se faire après examen professionnel ou par inscription sur une liste d'aptitude, par appréciation de la valeur professionnelle et des acquis de l'expérience professionnelle des agents⁴. Un certain nombre de corps de catégorie A, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État, sont également accessibles

par voie d'accès direct à des fonctionnaires de catégorie A relevant d'autres corps ainsi qu'à des fonctionnaires internationaux (art. 24 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 et art. 33 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986). Enfin, les statuts des trois fonctions publiques prévoient une faculté d'intégration directe des fonctionnaires de la fonction publique d'État, territoriale ou hospitalière dans un corps de même catégorie et de même niveau d'une autre fonction publique⁵.

⁴ Pour la fonction publique d'État : art. 26 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 39 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 35 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986. Cf. la fiche n° 53 « La promotion interne ».

⁵ Pour la fonction publique d'État : art. 63 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 68-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 58-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 ; ensemble, pour les trois versants, article 13 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983.



Les nominations au tour extérieur

Le recrutement dans la fonction publique peut également se faire directement par la voie du tour extérieur, qui a pour objet de faire accéder directement à la fonction publique des personnes de compétence, afin de mettre à profit leur expérience professionnelle dans leur(s) domaine(s) de compétences. Cette procédure se caractérise par la grande liberté de choix laissée à l'autorité de nomination. Les nominations au tour extérieur sont cependant encadrées, à la fois par le juge et par les textes.

Reprenant la jurisprudence du Conseil constitutionnel (CC, 12 septembre 1984, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, n° 84-179 DC), le Conseil d'État a ainsi précisé, dans sa formation la plus solennelle, que le principe d'égal accès aux emplois publics, qui impose qu'il ne soit tenu compte que des capacités, vertus et talents des candidats à un emploi public (cf. la fiche n° 35 « Le principe d'égal accès aux emplois publics »), s'applique également aux nominations au tour extérieur et que, dans ce cas, l'appréciation des capacités des candidats par l'autorité investie du pouvoir de nomination devait s'effectuer en tenant compte des attributions confiées aux membres du corps d'accueil et des conditions dans lesquelles ces derniers exercent leurs fonctions (CE, Ass., 16 décembre 1988, *M. X...*, n° 77713, Rec.). Faisant application de cette jurisprudence, il a estimé que la décision de nommer à l'inspection générale des bibliothèques une personne n'ayant aucune expérience dans ce domaine était entachée d'erreur manifeste d'appréciation (pour un autre exemple de censure d'une nomination au tour extérieur pour erreur manifeste d'appréciation : CE, 23 décembre 2011, *Syndicat parisien des administrations centrales, économiques et financières*, n° 346629, Rec.). En revanche, il a jugé que tel n'était pas le cas de la décision de nommer à l'inspection générale de l'administration des affaires culturelles une personne ayant une expérience dans le domaine de l'architecture

(CE, Ass., 16 décembre 1988, *Association générale des administrateurs civils c/ M. Christian X...*, n° 71862, Rec.).

De plus, l'article 2 de la loi n° 94-530 du 28 juin 1994 relative à certaines modalités de nomination dans la fonction publique d'État et aux modalités d'accès de certains fonctionnaires ou anciens fonctionnaires à des fonctions privées a prévu que les nominations au tour extérieur dans les grades de conseiller d'État, de maître des requêtes au Conseil d'État, de conseiller maître ou de conseiller référendaire à la Cour des comptes, d'inspecteur général des finances, d'inspecteur général de l'administration et d'inspecteur général des affaires sociales ne peuvent être prononcées qu'après avis des chefs de corps concernés. Le sens de cet avis est publié au *Journal officiel* en même temps que l'acte de nomination. Son contenu peut également être communiqué à l'intéressé sur sa demande.

Sur le sujet proche mais différent des nominations sur des emplois à la décision du Gouvernement, ces dernières n'aboutissant pas, à la différence des nominations au tour extérieur, à l'intégration dans la fonction publique, notons que le Conseil d'État a précisé que le principe d'égal accès aux emplois publics était, là aussi, applicable et imposait que ne soient pris en compte que les capacités, vertus et talents des intéressés (CE, Ass., 11 juillet 2012, *Syndicat autonome des inspecteurs généraux et inspecteurs de l'administration du ministère de l'intérieur*, n° 348064, Rec.). Il a également jugé que, lorsque l'autorité investie du pouvoir de nomination entend nommer sur un emploi à la décision du Gouvernement un fonctionnaire relevant de dispositions statutaires ou réglementaires fixant des conditions particulières d'accès à cet emploi, ce dernier demeurait soumis à ces dispositions, mais que ces dernières n'étaient pas applicables et ne pouvaient limiter sa liberté de choix lorsqu'elle entendait nommer une autre personne, que celle-ci ait ou non la qualité de fonctionnaire (même décision).

Autres dispositifs spécifiques

Les statuts de chacune des trois fonctions publiques prévoient la faculté d'organiser des recrutements sans concours au profit de bénéficiaires d'emplois réservés (destinés notamment aux pensionnés de guerre civils et militaires et personnes assimilées, aux militaires en activité ou libérés depuis moins de trois ans ou encore aux victimes d'actes de terrorisme)⁶.

Des recrutements sans concours peuvent également être organisés lors de la constitution initiale d'un corps ou pour le recrutement des fonctionnaires de catégorie C lorsque le grade de début est doté de l'échelle de rémunération la moins élevée de la fonction publique⁷.

Les dispositions des trois grandes lois statutaires ouvrent également des possibilités de recrutement de personnes handicapées sur contrat pour une durée d'un an renouvelable une fois, à l'issue de laquelle elles peuvent être titularisées⁸.

Il faut noter que toutes les personnes en situation de handicap peuvent en outre bénéficier d'aides humaines et techniques, généralement dénommées aménagements⁹, pour la passation des épreuves des concours de recrutement de droit commun (CE, 18 novembre 2009, *M. A...*, n° 318565, Rec.). Ce droit est ouvert à toute personne dans l'une des situations précisées par les textes. L'article 92 de

6 Pour la fonction publique d'État : art. 22 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 38 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 32 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

7 Article 22 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, article 38 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et article 32 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

8 Pour la fonction publique d'État : art. 27, II de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 38 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 27, II de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

9 Pour la fonction publique d'État : art. 27, I de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 35 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 27, I de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.



la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a récemment ouvert la possibilité de bénéficier de tels aménagements en supprimant la référence à la détention de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé et aux seuls moyens physiques des candidats. Le bénéfice d'aménagements peut désormais être sollicité non seulement dans le cadre des concours et examens, mais également dans toutes les procédures de recrutement.

Il n'appartient cependant en aucun cas au jury de concours de se prononcer sur l'aptitude physique du candidat à exercer les fonctions auxquelles il postule (pour le cas d'un jury ayant attribué une note éliminatoire à un candidat en se fondant sur son inaptitude physique à exercer les fonctions auxquelles il aspirait : CE, 21 janvier 1991, *Mlle Mireille X...*, n° 103427, Rec.). Et si l'administration est tenue de prendre les règlements spécifiques et les mesures appropriées, au cas par cas, pour permettre l'accès de chaque personne handicapée à l'emploi auquel elle postule, sous réserve que ce handicap n'ait pas été déclaré incompatible avec l'emploi en cause et que ces mesures ne constituent pas une charge disproportionnée pour le service, elle peut cependant, pour le bon fonctionnement de ce dernier, subordonner l'accès à certains emplois à des conditions d'aptitudes physiques particulières (s'agissant des professeurs d'éducation physique et sportive : CE, 14 novembre 2008, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale*, n° 311312, T.).

A noter enfin que la loi du 6 août 2019 précitée a institué deux dispositifs expérimentaux en faveur des personnes en situation de handicap. L'article 91 de la loi permet ainsi la titularisation d'apprentis en situation de handicap dans le corps ou le cadre d'emplois correspondant aux fonctions occupées durant la période d'apprentissage. L'article 93 de la loi autorise, quant à lui, la promotion de fonctionnaires en situation de handicap dans un corps ou cadre d'emplois de niveau supérieur ou de catégorie supérieure par voie de détachement suivi, le cas échéant, d'une intégration,

après appréciation de leur aptitude professionnelle par une commission.

En dehors des possibilités ouvertes par les statuts, d'autres dispositifs de recrutement sans concours existent, tels que le parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, hospitalière et de l'État (PACTE), créé par l'ordonnance n° 2005-901 du 2 août 2005. Ce dispositif, initialement destiné aux jeunes gens de 16 à 25 ans peu ou faiblement qualifiés, permet le recrutement sur un contrat de droit public d'une durée d'un à deux ans alternant formation et stage et aboutit à la titularisation des intéressés dans un corps ou cadre d'emplois de catégorie C à l'issue d'une vérification d'aptitude. La loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté l'a élargie aux jeunes ayant jusqu'à 28 ans et aux demandeurs d'emploi de longue durée, âgés de 45 ans et plus et bénéficiaires de minima sociaux¹⁰.

Afin de diversifier les recrutements opérés dans les trois versants de la fonction publique, l'article 167 de la loi du 27 janvier 2017 précitée a par ailleurs mis en place un dispositif expérimental pour une durée de six ans afin de recruter par contrat à durée déterminée des personnes sans emploi âgées au plus de 28 ans dans des emplois du niveau des catégories A ou B. Ce dispositif, dénommé PRAB, (Préparation aux concours de catégorie A ou B) s'apparente au PACTE eu égard aux publics visés. Il n'a toutefois pas vocation à offrir la titularisation à l'issue du contrat. L'accès à ces emplois s'effectue dans le cadre d'une formation en alternance pour que ces personnes se préparent aux concours d'accès à un corps ou à un cadre d'emplois correspondant à l'emploi occupé. Tout comme le dispositif PACTE, la durée du contrat PRAB ne peut être inférieure à douze mois ni supérieure à deux ans, et est renouvelable dans la limite d'un an en cas d'échec au concours.

Par ailleurs, des plans de titularisation d'agents contractuels sont régulièrement mis en œuvre dans le cadre de la lutte contre la précarité de l'emploi public (cf. la fiche n° 43 « La titularisation »).

Cas du recrutement de fonctionnaires ressortissants d'autres États membres de l'Union européenne

La fonction publique française, sous l'influence du droit de l'Union européenne, s'est ouverte aux ressortissants d'autres États membres de l'Union européenne. Cela découle du principe de libre circulation des travailleurs, consacré par l'article 45 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ancien article 39 du traité instituant la Communauté européenne et ancien article 48 du traité instituant la Communauté économique européenne), tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne. Bien que la lettre du traité précise que ce principe ne s'applique pas aux « emplois dans l'administration publique », la Cour a fait une interprétation restrictive de cette notion,

estimant que seuls les emplois comportant une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions ayant pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État et des autres collectivités sont exclus du champ d'application de la libre circulation (CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, aff. C-149/79). Cette jurisprudence a été complétée par deux communications de la Commission européenne de 1988 et 2002¹¹ précisant ceux des emplois devant être regardés comme couverts par l'exception au principe de libre circulation des travailleurs. Ces emplois correspondent essentiellement aux emplois régaliens dans les domaines

¹⁰ Décret n° 2005-902 du 2 août 2005 modifié pris pour l'application de l'article 22 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'État ; décret n° 2005-904 du 2 août 2005 modifié pris pour l'application de l'article 38 bis de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale ; décret n° 2005-900 du 2 août 2005 modifié pris pour l'application de l'article 32-2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

¹¹ Commission européenne, « Libre circulation des travailleurs et accès aux emplois dans l'administration publique des États membres — Action de la Commission en matière d'application de l'article 48 paragraphe 4 du traité CEE », *JOCE* C-72 du 18 mars 1988, p. 2 ; Commission européenne, « Libre circulation des travailleurs — en tirer pleinement les avantages et les potentialités », 11 décembre 2002, COM (2002) 694.



des forces armées, de la police, de la justice ou de la diplomatie. La Cour de justice de l'Union européenne adopte la même approche sectorielle des emplois situés dans le champ de l'exception au principe de libre circulation (CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Grèce*, aff. C-290/94 ; CJCE, *Commission c/ Belgique*, aff. C-173/94 ; CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-473/93). Au niveau national, la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 a été modifiée à trois reprises, en 1991¹², 1996 et 2005 pour tirer les conséquences du droit de l'Union européenne.

Son article 5 *bis* prévoit désormais que les ressortissants de l'Union européenne ont accès aux corps, cadres d'emplois et emplois de la fonction publique, à l'exclusion des emplois « dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques ».

Près de 80 % des emplois de la fonction publique française sont ainsi ouverts aux ressortissants de l'Union européenne. Ces derniers peuvent – de la même manière que les ressortissants français – y accéder par concours, être recrutés par la voie contractuelle ou par voie de détachement. Lorsqu'ils sont recrutés en cours de carrière, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que l'organisme recruteur ne pouvait opérer de distinction entre l'expérience acquise dans la fonction publique française et celle acquise dans celle d'un autre État membre, sous peine de créer une discrimination entre ressortissants français et autres ressortissants européens

(CJCE, 23 février 1994, *Mme X...*, c/ *Opera Universitaria di Cagliari et Cinzia Porcedda*, aff. C-419/92). À l'occasion d'une affaire relative à une directrice d'hôpital portugaise souhaitant intégrer la fonction publique française, la Cour de justice de l'Union européenne a également jugé que, dès lors qu'un ressortissant communautaire disposait d'une formation et d'un diplôme équivalents, au sens du droit communautaire, à ceux des directeurs d'hôpitaux dans la fonction publique française, le droit de l'Union européenne s'opposait à ce que les autorités françaises subordonnent sa nomination comme directrice d'hôpital à l'admission à un concours d'entrée dans une école de formation, au suivi de la formation dispensée par cette école ainsi qu'à l'examen de fin de scolarité organisé par cette dernière (CJCE, 9 septembre 2003, *Mme X...*, c/ *Ministère de l'emploi et de la solidarité*, aff. C-285/01). Notons cependant la décision *X...*, n'a pas créé pour l'intéressé(e) de droit au recrutement mais a seulement imposé, en cas de recrutement dans l'administration française, qu'elle soit classé(e) sur la liste des directeurs d'hôpitaux. Est ainsi ouverte une voie de recrutement sans concours de fonctionnaires ressortissants d'autres États membres de l'Union européenne titulaires de formations et de diplômes équivalents à ceux requis dans la fonction publique française.

Le décret n° 2010-311 du 22 mars 2010 a précisé les modalités de recrutements des ressortissants européens dans la fonction publique – que ce soit par voie de concours ou de détachement, ainsi que les modalités de la reprise de leurs services antérieurement accomplis pour le classement consécutif à leur nomination.

¹² Notons que, dans sa décision du 23 juillet 1991 (CC, *Loi portant diverses dispositions relatives à la fonction publique*, n° 91-293 DC), le Conseil constitutionnel a validé les dispositions de l'article 5 *bis* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dans sa rédaction initiale, estimant que l'application de l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen garantissant l'égal accès aux emplois publics n'était pas réservée aux citoyens français.



FICHE N° 38 :

Les conditions requises pour concourir

CE, Sect., 29 juillet 1953, *Sieur Lingois*, n° 22389, Rec.



L'essentiel

Si dans un concours les mérites des candidats sont appréciés par les seuls membres du jury, d'autres conditions, notamment de diplômes ou de services, sont généralement posées à la nomination dans le corps. L'administration peut également refuser un candidat ne présentant pas les « *garanties requises pour l'exercice des fonctions* » auxquelles il aspire. Selon le cas, ces conditions sont vérifiées avant le concours ou après les résultats de celui-ci.



Les mots du juge

« *Considérant qu'il appartient au président du conseil, chargé d'arrêter la liste des candidats admis à concourir, d'apprécier, dans l'intérêt du service, si lesdits candidats présentent les garanties requises pour l'exercice des fonctions auxquelles donnent accès les études poursuivies à l'École nationale d'administration* »

(CE, Sect., 29 juillet 1953, *Sieur Lingois*, n° 22389, Rec.).



Commentaire

Le candidat à un concours de recrutement dans la fonction publique doit justifier qu'il remplit les conditions pour concourir

Le concours se caractérise par un ensemble d'épreuves auxquelles sont soumis les candidats dans des conditions respectant strictement l'égalité entre eux, et qui permettent à un jury d'apprécier leur valeur et de les classer en vue de pourvoir un certain nombre de postes. En confiant l'appréciation des mérites des candidats à un jury distinct de l'autorité de nomination et indépendant dans ses jugements, le concours est une garantie forte de l'impartialité du recrutement et de l'égal accès aux emplois publics.

Si les mérites respectifs des candidats sont appréciés par le seul jury, la réglementation fixe généralement un certain nombre d'autres conditions à la nomination, qui constituent autant de conditions pour concourir :

- diplôme,
- accomplissement des obligations militaires,
- ancienneté ou services accomplis,
- jouissance des droits civiques ou liée aux obligations militaires,
- aptitude physique,

- condition statutaire (comme avoir fait sa mobilité pour certains concours internes ou, plus généralement, être en position d'activité, de détachement ou de congé parental pour les fonctionnaires et agents publics),

- âge,
- nationalité.

L'appréciation de ces conditions relèvent de la seule administration : par exemple, un jury ne peut pas éliminer un candidat en se fondant sur son inaptitude physique (CE, 2 janvier 1991, *M. X...*, n° 13427, Rec.). Le juge exerce un contrôle restreint sur l'établissement de la liste des diplômés permettant de présenter un concours (CE, 9 juillet 2003, *Mme Cécile X...*, n° 252761, T.) mais vérifie qu'une condition d'âge ou de nationalité n'est pas discriminatoire (CE, 1^{er} mars 2006, *Syndicat parisien des administrations centrales économiques et financières*, n° 268130, Rec.).

En outre, le Conseil d'État estime que, même dans le silence des textes, l'administration peut refuser à un candidat l'autorisation de concourir si elle estime que celui-ci ne remplit pas les « *garanties requises pour l'exercice des fonctions qu'il aura à accomplir* » (CE, 29 juillet 1953, *Sieur Lingois*, Rec. ; CE, 18 mars 1983, *M. X...*, n° 34782, Rec.),



c'est-à-dire notamment la bonne moralité du candidat, l'appréciation de ses mérites professionnels relevant exclusivement de la compétence du jury (CE, 8 octobre 1965, *Sieur Marfaing*, n° 56939, Rec.). Un motif tiré des options politiques ou religieuses est évidemment discriminatoire

et contraire au principe d'égal accès aux emplois publics (CE, Ass., 28 mai 1954, *Sieur Barel et autres*, n° 28238, Rec.). Le juge exerce un contrôle entier sur les motifs de refus d'admission à concourir (CE, 18 mars 1983, *M. X...* n° 34782, Rec. ; CE, 4 février 1994, *M. X...*, n° 120792, T.).

Traditionnellement, la vérification de ces conditions intervient avant la participation aux épreuves et donne lieu à une décision d'admission à concourir

La jurisprudence traditionnelle du Conseil d'État estimait que les conditions pour concourir devaient être vérifiées avant la participation aux épreuves. La décision d'admission à concourir est alors créatrice de droit et ne peut donc plus être retirée par la suite que si l'administration a commis une erreur et si le délai de retrait n'est pas expiré (CE, Section, 27 avril 1988, *Mme X...*, n° 24039 Rec. ; voir pour un examen CE, 17 décembre 2008, *M. A...*, n° 290494, T.) : si un candidat admis à concourir est ensuite jugé parmi les plus méritants par le jury, il aura droit à être nommé stagiaire dans le corps ouvert au recrutement.

Le respect de certaines conditions peut varier dans le temps, comme une condition liée à la durée des services. Se pose alors la question de la date à laquelle elles doivent être

appréciées. Les textes règlent généralement explicitement cette question. Le plus souvent, les statuts particuliers fixent en effet la date à laquelle les conditions doivent être remplies par les candidats, en retenant généralement le 1^{er} janvier de l'année considérée ou la date de clôture des inscriptions. Dans le silence des textes, pour la fonction publique de l'État, la loi statutaire prévoit que les conditions doivent être remplies à la date de la première épreuve¹³. En l'absence de toute règle écrite, la jurisprudence estime que « les candidats à un concours ou à un examen professionnel doivent remplir, au moment de l'ouverture de ce concours ou de cet examen, toutes les conditions auxquelles leur nomination est subordonnée » (CE, 28 juin 1961, *Sieur Bobis*, Rec.).

La réforme de la loi du 29 juillet 1991

Lorsqu'il y avait un grand nombre de candidats, la vérification des conditions pour concourir avant les épreuves du concours représentait une tâche considérable pour l'administration. La loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 a modifié la règle pour les fonctionnaires d'État, en prévoyant que la vérification des conditions requises pour concourir peut intervenir « au plus tard à la date de nomination ». Cette réforme est en cohérence avec le fait que ces conditions sont en réalité, fondamentalement, des conditions posées à la nomination. S'il s'avère qu'un candidat déclaré admis par le jury ne remplit pas ces conditions, il est alors fait appel aux candidats figurant sur la liste complémentaire, qui est désormais obligatoire. Cette modification a ensuite été étendue à la fonction publique hospitalière.

Le Conseil d'État estime donc que la participation aux épreuves d'un concours par un candidat qui s'est inscrit et a été convoqué à celles-ci ne révèle pas une décision implicite d'admission à concourir, le défaut d'une ou plusieurs conditions pour concourir pouvant être opposé après les résultats du concours (CE, 29 mai 2000, *M. X...*, n° 184782, Rec.). La décision en cause, encore parfois désignée comme l'admission à concourir, est en réalité une décision reconnaissant ou non que toutes les autres conditions posées par la réglementation pour la nomination sont remplies.

Le cas de la limite d'âge

Tout motif qui s'oppose à la nomination peut être opposé au stade de l'admission à concourir. Ainsi, le juge admet qu'on la refuse à un candidat qui aura dépassé la limite d'âge de maintien dans les cadres le jour de sa titularisation, après la période probatoire d'un an prévu par le statut (CE, 4 octobre 1995, *M. René X...*, n° 147651, Rec.).

Cette réforme a simplifié la tâche de l'administration pour les grands concours de recrutement. Elle n'a toutefois pas été étendue, en principe, aux concours de recrutement dans la fonction publique territoriale du fait des conditions particulières de recrutement dans des cadres d'emplois communs à des collectivités très nombreuses. Pour ces concours, les conditions d'admission à concourir ont longtemps été liées à la date de dépôt du dossier d'inscription du candidat (article 9 du décret n° 85-1229 du 20 novembre 1985 relatif aux conditions générales de recrutement des agents de la fonction publique territoriale). Elles ont été repoussées à la date de la première épreuve par l'article 7 du décret n° 2013-593 du 5 juillet 2013 relatif aux conditions générales de recrutement et d'avancement de grade et portant dispositions statutaires diverses applicables aux fonctionnaires de la fonction publique territoriale, qui a abrogé le décret du 20 novembre 1985 précité.

Des règles plus favorables peuvent être fixées par les décrets statutaires des cadres d'emplois, également pris en Conseil d'État. C'est ainsi le cas du décret n° 2016-201 du 26 février 2016 portant statut particulier du cadre d'emplois des ingénieurs territoriaux qui prévoit, dans son article 8 que « La condition de diplôme doit être justifiée à une date fixée, par l'arrêté du président du centre de gestion fixant la date des épreuves, au plus tard à la veille de l'établissement par le jury de la liste des admissibles ».

Cette appréciation doit cependant tenir compte des éventuels reculs de limite d'âge qui seraient de droit pour le candidat, notamment du fait des enfants à charge, en application de l'article 4 de la loi du 18 août 1936 (CE, 8 avril 2013, *M. A...B...*, n° 340152, T.).

13 Art. 20 de la loi du 11 janvier 1984 précitée.



FICHE N° 39 :

Le devoir d'impartialité du jury

CE, Sect., 18 juillet 2008, Mme A..., n° 291997, Rec.

CE, 17 octobre 2016, Université de Nice-Sophia Antipolis, n° 386400, T.



L'essentiel

Les membres du jury d'un concours ou d'un examen sont tenus d'examiner les mérites respectifs des candidats de façon impartiale, sans préjugé, en siégeant tous tout au long des épreuves. Ils doivent également s'abstenir de participer à un jury s'ils entretiennent avec un candidat des relations professionnelles ou personnelles telles qu'elles sont de nature à faire naître un doute légitime sur leur partialité. Lorsque, malgré cela, un membre de jury s'aperçoit qu'il ne peut, au regard de ces règles, examiner les mérites de l'un des candidats, les règles de déport varient selon qu'on a affaire à un jury d'examen ou à un jury de concours.



Les mots du juge

« Considérant que la seule circonstance qu'un membre d'un tel jury d'examen professionnel connaisse un candidat ne suffit pas à justifier qu'il s'abstienne de participer aux délibérations qui concernent ce candidat ; qu'en revanche le respect du principe d'impartialité exige que s'abstienne de participer, de quelque manière que ce soit, aux interrogations et aux délibérations qui concernent un candidat un membre du jury qui aurait avec celui-ci des liens, tenant à la vie personnelle ou aux activités professionnelles, qui seraient de nature à influencer sur son appréciation ; qu'en outre un membre du jury qui a des raisons de penser que son impartialité pourrait être mise en doute ou qui estime, en conscience, ne pas pouvoir participer aux délibérations avec l'impartialité requise, peut également s'abstenir de prendre part aux interrogations et aux délibérations qui concernent un candidat ; qu'en dehors de ces hypothèses, il incombe aux membres des jurys d'examen de siéger dans les jurys auxquels ils ont été nommés en application de la réglementation applicable »
(CE, Sect., Mme A..., 18 juillet 2008, n° 291997, Rec.)

« Considérant que la seule circonstance qu'un membre du jury d'un concours connaisse un candidat ne suffit pas à justifier qu'il s'abstienne de participer aux délibérations de ce concours ; qu'en revanche, le respect du principe d'impartialité exige que, lorsqu'un membre du jury d'un concours a avec l'un des candidats des liens, tenant à la vie personnelle ou aux activités professionnelles, qui seraient de nature à influencer sur son appréciation, ce membre doit non seulement s'abstenir de participer aux interrogations et aux délibérations concernant ce candidat mais encore concernant l'ensemble des candidats au concours ; qu'en outre, un membre du jury qui a des raisons de penser que son impartialité pourrait être mise en doute ou qui estime, en conscience, ne pas pouvoir participer aux délibérations avec l'impartialité requise, doit également s'abstenir de prendre part à toutes les interrogations et délibérations de ce jury en vertu des principes d'unicité du jury et d'égalité des candidats devant celui-ci »
(CE, 17 octobre 2016, Université de Nice-Sophia Antipolis, n° 386400, T)





Commentaire

Le jury d'un examen professionnel ou d'un concours doit examiner les candidats de façon impartiale

Pour respecter l'égalité entre les candidats à un concours ou à un examen, le jury doit faire preuve d'impartialité et ne favoriser ou défavoriser aucun d'eux ; il ne peut se fonder que sur les capacités et les mérites des candidats.

L'impartialité subjective

Il en résulte qu'à chaque fois qu'il est prouvé qu'un membre du jury a adopté une attitude partielle envers l'un des candidats, en sa faveur ou en sa défaveur, il y a là une irrégularité dans le déroulement de l'examen ou du concours, dont le juge est susceptible de tirer des conséquences en annulant l'examen pour le candidat en question ou l'ensemble du concours (cf. la fiche n° 40 « Le contentieux des concours »). Une telle partialité est souvent difficile à prouver. Elle est parfois révélée par un comportement antérieur ou postérieur au concours. La jurisprudence en présente des exemples :

- cas d'un membre du jury ayant montré une hostilité particulière vis-à-vis d'un candidat (CE, 19 novembre 1958, *Sieur Butori*, Rec. ; CE, 28 avril 2004, *M. X...*, n° 257385, Inédit) ;

- cas d'un examinateur qui, à l'avance, a proclamé son opposition à la candidature du demandeur (CE, Sect., 22 juin 1994, *M. Y...*, n° 170341, Rec.) ;

- cas d'un maire qui, pour le recrutement d'un fonctionnaire communal, avait déclaré à l'avance qu'aucune femme ne serait lauréate au concours de recrutement (CE, Sect., 9 novembre 1966, *Commune de Clohars-Carnoët*, Rec.) ;

- cas d'un membre de jury qui avait déclaré ne pas avoir préparé de candidats au concours alors qu'il l'avait fait et qu'il a ensuite adopté une attitude partielle lors d'une des épreuves (CE, 11 juin 2000, *M. Y...*, n° 289398, T.).

Une telle partialité, si elle est établie, disqualifie le membre du jury alors même qu'aucun agissement partial ne s'est manifesté durant les épreuves (CE, 28 décembre 2005, *M. X...*, n° 278351, Inédit).

La jurisprudence est cependant restrictive. Elle affirme de façon constante que la participation à un jury de personnes ayant connu les candidats ne vicia pas les

opérations du concours ou de l'examen lorsque n'est pas établi un comportement partial en faveur ou en défaveur de ces candidats (CE, Sect., 18 mars 1983, *M. X...*, n° 33379, Rec. ; CE, 7 octobre 1983, *Mlle X...*, n° 35249, Rec.). Pour établir l'impartialité, il ne suffit donc pas de mentionner un conflit antérieur ou une altercation (CE, 25 mars 1988, *M. X...*, n° 90324, Inédit ; CE, 20 avril 1988, *M. X...*, n° 57928, Inédit ; CE, 15 mai 1996, *M. X...*, n° 159105, Inédit).

L'impartialité objective

À côté du ressentiment personnel ou des faveurs accordées à un candidat, l'impartialité d'un membre du jury peut être mise en cause du fait d'un lien, notamment professionnel ou familial, avec un candidat. Ce lien n'empêche nullement ce membre du jury de se montrer parfaitement impartial envers le candidat en cause mais il crée aux yeux des tiers une apparence de partialité ou encore un risque de partialité tel que la jurisprudence estime que sa participation au jury doit être proscrite.

Ainsi, la présence dans le jury du subordonné d'un candidat vicia la composition du jury (CE, 4 février 2004, *M. X...*, n° 248824, T.). Le seul fait d'avoir entretenu des relations de nature professionnelle ne suffit pas à caractériser une impartialité objective (CE, 26 janvier 2018, *Mme A...C...*, n° 401796, T.) : seuls des relations d'une intensité particulière, de nature à influencer sur l'appréciation du membre du jury ou de paraître l'influer, doit entraîner un déport (CE, 12 juin 2019, *M. B...*, n° 409394, T.). Tel n'est pas non plus le cas lorsque le membre du jury est le supérieur hiérarchique d'un candidat (CE, 4 février 2004, *Mme X...*, n° 239219, T. ; CE, 7 octobre 1983, *Mlle X...*, n° 35249, Rec.). La présence d'un membre de la famille proche d'un candidat n'est pas non plus admissible (pour le père d'un candidat : CE, 10 février 1922, *Sieur Aldequer*, Rec. ; pour un conjoint : CE, 10 février 1995, *Mme Z...et autres*, n° 109204, T.).

À l'avenir, la prévention des conflits d'intérêts doit également permettre à tout jury d'intégrer l'exigence d'impartialité. En effet, le II de l'article 25 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dispose que : « *Le fonctionnaire qui estime se trouver dans une situation de conflit d'intérêts : (...) 3° Lorsqu'il appartient à une instance collégiale, s'abstient d'y siéger ou, le cas échéant, de délibérer* ».

Le jury de concours est en principe unique et indivisible

Le jury de concours ne doit pas simplement, comme lors d'un examen, estimer si les candidats présentent une certaine capacité ou ont atteint un certain niveau de compétence. Il doit, en outre, établir un classement des mérites comparés des candidats pour permettre d'en sélectionner un nombre limité. Pour respecter l'égalité de traitement dans cette appréciation des mérites relatifs, la jurisprudence a posé un principe d'unicité du jury (CE, 17 juin 1927, *Sieur Bouvet*, Rec. ; CE, 30 mars 1968, *Ministre de l'éducation nationale c/ Sieur Schmitt et Dame Delmares*, Rec. ; CE, 13 octobre 1971, *Sieur X...*, n° 75676, Rec.) : les candidats doivent se voir évalués par le même jury. Ce

principe implique que le jury siège au complet tout au long des épreuves et jusqu'à la délibération finale (CE, 7 décembre 1990, *Ville de Châlons-sur-Marne*, n° 106718, Inédit). Seules des circonstances particulières et justifiées peuvent conduire le juge à admettre que, par exception, l'absence d'un membre du jury ne vicia pas le concours s'il apparaît certain qu'elle n'a pas exercé d'influence sur son résultat (pour une absence à la délibération finale d'un membre du jury régulièrement convoqué, CE, 24 juin 1964, *M. Bonnardel et autres*, Rec. ; a contrario pour une absence sans motif légitime, CE, Sect., 5 février 1960, *Premier ministre c/ Sieurs Jacquin-Pentillon et Freynet*, Rec.).



Il est possible et fréquent, si le règlement du concours le prévoit, que certaines épreuves soient examinées par seulement une partie du jury : dans un tel cas le jury de cette épreuve est bien le même tout au long du concours et le principe est respecté.

Ce principe pose des difficultés pratiques importantes lorsqu'il y a un très grand nombre de candidats. La loi a donc permis que, lorsque cela est nécessaire, le jury se divise, pour une épreuve, en groupes d'examineurs¹⁴. Dans ce cas, le jury doit ensuite délibérer sur l'ensemble des résultats et s'interroger sur la nécessité d'une péréquation.

Dans certains cas un membre du jury d'examen peut se déporter

En pratique, si le nombre de candidats est important, il est difficile à un membre du jury de s'assurer avant le début des épreuves s'il doit s'abstenir de participer au jury. Pour pallier cet inconvénient, comme on l'a vu, la jurisprudence a limité les cas de partialité entachant d'irrégularité un concours ou un examen aux personnes les plus proches dont on peut penser que le membre du jury sait si elles y participent ou non.

S'agissant des examens, l'égalité de traitement entre les candidats n'implique pas forcément l'unicité du jury, chaque candidat étant jugé pour lui-même et non par rapport aux autres. Tout jury compétent peut donc apprécier si un candidat a le niveau requis. Dans ce cadre, le Conseil d'État a admis qu'un membre du jury d'examen puisse se déporter et continuer à siéger pour examiner les autres candidats. Dans l'affaire *Mme Chantal A...*, (CE, Sect., 18 juillet 2008, n° 291997, Rec.), il a jugé que : « La seule circonstance qu'un membre d'un tel jury d'examen professionnel connaisse un candidat ne suffit pas à justifier qu'il s'abstienne de participer aux délibérations qui concernent ce candidat. En revanche, le respect du principe d'impartialité exige que s'abstienne de participer, de quelque manière que ce soit, aux interrogations et aux délibérations qui concernent un candidat un membre du jury qui aurait avec celui-ci des liens, tenant à la vie personnelle ou aux activités professionnelles, qui seraient de nature à influencer sur son appréciation. En outre, un membre du jury qui a des raisons de penser que son

Il résulte de ces principes que lorsqu'il est proposé à une personne de faire partie d'un jury de concours et que celle-ci estime que ses relations avec l'un des candidats connus l'empêchent d'examiner les mérites de celui-ci, elle doit refuser d'y participer (CE, 17 octobre 2016, *Université de Nice-Sophia Antipolis*, n° 386400, T.). Si cet empêchement apparaît après la nomination au jury et que les épreuves n'ont pas encore commencé, le membre du jury en cause doit faire savoir à l'administration qu'il ne souhaite plus en faire partie. L'administration est alors dans l'obligation de le remplacer avant le début des épreuves (CE, Sect., 22 juin 1956, *Sieur Hassin-Trad*, Rec. ; CE, 24 novembre 1976, *Sieur Ressayguier*, T. ; CE, 6 janvier 1989, *Sieur X...*, Rec.).

impartialité pourrait être mise en doute ou qui estime, en conscience, ne pas pouvoir participer aux délibérations avec l'impartialité requise, peut également s'abstenir de prendre part aux interrogations et aux délibérations qui concernent un candidat. En dehors de ces hypothèses, il incombe aux membres des jurys d'examen de siéger dans les jurys auxquels ils ont été nommés en application de la réglementation applicable ».

Cette jurisprudence offre donc une large possibilité de déport aux membres du jury d'examen : lorsque le principe d'impartialité leur interdit d'évaluer un candidat, il leur suffit de se déporter pour l'évaluation de ce seul candidat et ils peuvent demeurer dans le jury pour l'évaluation des autres candidats. Cette appréciation pouvant se révéler délicate en cas de doute, les membres du jury disposent, en outre, de la faculté d'un déport en conscience. Même si le juge estime ensuite que ce déport n'était pas imposé par le principe d'impartialité, l'absence de ce membre du jury pour évaluer le candidat en question ne vicierait pas le déroulement de l'examen.

La participation de l'examineur qui s'est déporté pour l'examen d'un candidat à la délibération récapitulant la liste globale des candidats écartés de l'examen ne traduit pas non plus en soi une méconnaissance du principe d'impartialité, puisque l'examineur n'a pas examiné le candidat en cause (CE, 7 juin 2017, *Institut national universitaire Champollion d'Albi*, n° 382986, T.).



¹⁴ Pour la fonction publique d'État : art. 20 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 44 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 31 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

FICHE N° 40 :

Le contentieux des concours

CE, Sect., 3 mai 1957, *Sieur Azoulay*, n° 3081, Rec.

CE, 20 mars 1987, *Sieur X...*, n° 70993, Rec.



L'essentiel

Les candidats déçus d'un concours peuvent attaquer ses résultats et les nominations qui en résultent. Le juge contrôlera le respect de la réglementation pour toutes les opérations du concours mais s'interdit de substituer son appréciation des mérites des candidats à celle du jury. Si un requérant n'attaque que le concours, et en obtient l'annulation, mais n'attaque parallèlement pas les nominations dans le délai de recours contentieux, celles-ci ne seront pas remises en cause par l'annulation du concours.



Les mots du juge

« Considérant que tous les candidats ayant subi les épreuves d'un concours sont recevables à critiquer les actes nommant leurs concurrents, en contestant la régularité de toutes les opérations dudit concours, parmi lesquelles figure notamment l'établissement de la liste des candidats admis à concourir »
(CE, Sect., 3 mai 1957, *Sieur Azoulay*, n° 3081, Rec.)

« Considérant qu'il n'appartient pas au juge administratif de contrôler l'appréciation faite par le jury d'un examen de la valeur des copies remises par les candidats »
(CE, 20 mars 1987, *Sieur X...*, n° 70993, Rec.)



Commentaire

Qui peut attaquer quoi ?

Par la décision de section *Azoulay* de 1957, citée ci-dessus, le Conseil d'État a jugé de façon générale que les candidats ayant participé à un concours peuvent en contester les résultats et les nominations qui s'ensuivent, et critiquer à cette occasion toutes les opérations du concours (CE, Sect., 3 mai 1957, *Sieur Azoulay*, n° 3081, Rec.). Ces opérations, de l'ouverture du concours jusqu'à la proclamation des résultats en passant par la nomination du jury et l'organisation des épreuves, forment un tout que la jurisprudence qualifie « d'opération complexe ». Le juge en tire pour conséquence que celui qui attaque les résultats du concours peut fonder sa requête sur une critique de n'importe laquelle des opérations du concours, même s'il ne l'a pas attaquée de façon distincte.

Le juge n'autorise d'ailleurs pas les requérants à attaquer séparément tous les actes qui jalonnent l'organisation du concours : il qualifie la plupart « d'actes préparatoires » aux résultats du concours, seuls ces résultats finaux pouvant être attaqués, le cas échéant au motif que l'acte préparatoire était illégal. Ainsi, ne sont pas susceptibles de recours, par exemple, les convocations aux

épreuves, les sujets d'épreuves, la notation de certaines épreuves du concours (CE, 13 juill. 1961, *Lubrano-Lavadera*, n° 50290, Rec.). En revanche, certains actes présentant une importance et une autonomie particulière peuvent être contestés immédiatement au moment de leur édition, y compris devant le juge des référés : par exemple, la décision d'ouverture d'un concours de recrutement (CE, 27 juin 2011, *Association sauvons l'université et autres*, n° 340164 e.a., T.) et la nomination des membres du jury. Ces actes non préparatoires pourront quand même être critiqués par celui qui attaque seulement les résultats finaux du concours, du fait que le concours forme une opération complexe, alors que ce ne serait pas possible dans le contentieux de droit commun.

Le candidat auquel on refuse l'admission à concourir a intérêt pour agir contre ce refus et à contester, s'il a été illégalement exclu du concours, les résultats de celui-ci (CE, 22 juillet 1938, *Sieur Maurin*, Rec. p. 713). A contrario, une personne dont le juge estime qu'on lui a légalement refusé de concourir ne peut contester les opérations du concours (CE, 31 mars 2014, *M. A...*, n° 348806, T.).



Dès lors que les résultats du concours procèdent d'une comparaison globale des mérites comparés des candidats, la délibération qui les proclame est indivisible : remettre en cause le classement de certains candidats remet en cause toute la délibération. Le juge en déduit que le requérant ne peut pas demander une annulation partielle du concours. S'il entend le remettre en cause, il doit attaquer l'ensemble des résultats (CE, 20 juin 1990, *M. Y... de Carvalho*, n° 100888, T.).

Que contrôle le juge ?

Le juge du concours est le juge de l'excès de pouvoir : il contrôle le respect par l'administration de toutes les règles s'imposant à elle, telles qu'elles étaient en vigueur au moment du concours. Il vérifie que l'administration a fait de ces normes une interprétation correcte et une exacte application. Le juge du concours s'interdit, en revanche, en vertu d'une jurisprudence très ancienne, de contrôler l'appréciation par le jury des mérites des candidats (CE, 8 février 1965, *Sieur Tremblay*, Rec. ; CE, 20 mars 1987, *Sieur X...s*, n° 70993, Rec.). En ce sens, il refuse de se prononcer sur la valeur d'une dissertation, le niveau d'un candidat en droit ou en économie, la réussite d'un entretien professionnel, etc. Cela n'interdit pas au juge de censurer une erreur de droit du jury si les critères d'évaluation utilisés sont contraires à la réglementation (CE, 25 mai 1994, *Préfet d'Indre-et-Loire et autres*, n° 126970, T.) ou s'il s'est fondé sur des considérations étrangères aux mérites des candidats (CE, 21 janvier 1991, *Dlle X...*, n° 103427, Rec.). Il peut également vérifier qu'il n'existe, dans le choix du sujet d'une épreuve, aucune violation du règlement du concours de nature à créer une rupture d'égalité entre les candidats (CE, 26 septembre 2018, n° 405473, T.).

Lorsqu'en sus du concours sont attaquées les nominations des lauréats, le juge contrôle que la personne nommée

S'agissant des demandes de documents liés à l'organisation du concours, ils sont en principe communicables dès que celui-ci a pris fin. Une copie de concours ne peut être communiquée à un tiers que sous forme anonymisée (cf. par exemple l'avis n° 20111077 du 31 mars 2011 de la Commission d'accès aux documents administratifs). Le principe de secret des délibérations du jury fait, en revanche, obstacle à la communication des « documents de leurs délibérations » et des documents « élaborés par les jurys en vue de leurs délibérés » (CE, 17 février 2016, *Centre national de la fonction publique territoriale*, n° 371453, Rec.).

remplissait les conditions requises (cf. la fiche n° 38 « Les conditions requises pour concourir »).

L'administration peut s'opposer à une nomination lorsqu'elle estime que le candidat ne remplit pas une de ces conditions ou s'il a un comportement gravement incompatible avec la qualité de fonctionnaire (CE, 24 juillet 1981, *Ministre de l'intérieur c/ M. X...*, n° 21004, Rec.). En outre, alors que les candidats reçus ont vocation, sous ces réserves, à être nommés, dans le respect de l'ordre où le jury les a classés, l'administration dispose parfois, notamment pour certains concours des membres de l'enseignement supérieur, de la faculté de s'opposer à la nomination d'un candidat qui, si méritant qu'il soit, ne correspond pas au profil recherché pour le poste ouvert ou aux besoins de l'administration (pour les professeurs des universités, : CE, 26 mars 2003, *M. X...*, n° 232663, T.). Cette appréciation de nature administrative est parfois délicate à distinguer des mérites du candidat : il s'agit pour l'administration de pouvoir s'opposer à la nomination d'un candidat brillant au regard des épreuves de sélection mais dont le profil ne correspond objectivement pas aux besoins de l'administration. Le juge exerce désormais sur cette forme de veto, lorsqu'elle existe, un contrôle entier (CE, 19 octobre 2012, *Mme A...B...*, n° 354220, T.).

Quelles conséquences le juge tire-t-il d'une irrégularité dans le déroulement du concours ?

Lorsque le juge constate une irrégularité, il vérifie que celle-ci a bien été susceptible d'avoir une incidence sur les résultats du concours, c'est-à-dire sur le choix des candidats déclarés admis et sur leur classement. Dès lors qu'il ne s'autorise pas à apprécier lui-même les mérites des candidats, le juge du concours n'estime sans incidence sur les résultats du concours qu'une irrégularité dont il est certain qu'elle n'a en rien modifié l'appréciation du jury (par ex. CE, 20 décembre 2000, *Mme Abou*, n° 213566, inédit). Une irrégularité dans la composition du jury, dans la convocation des candidats, dans le déroulement des épreuves entraîne donc en principe l'annulation du concours et de ses résultats.

Le refus illégal d'admission à concourir d'un candidat entraîne normalement l'annulation du concours si celui-ci l'a demandée (CE, Sect., 8 octobre 1965, *Sieur Marfaing*, n° 56939, Rec. ; CE, 4 octobre 2000, *Mme X...*, n° 201023, T.) puisque le juge, qui n'apprécie pas les mérites, part du principe qu'il aurait pu être reçu.

Symétriquement, lorsqu'une personne a été à tort admise à concourir, la jurisprudence estimait traditionnellement

que tout le concours était remis en cause (CE, 14 janvier 1987, *Amadéi*, n° 51885, inédit ; v. P. Bandet, *Les concours et examens administratifs*, La documentation française, 1998 ; Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, *La prévention du contentieux relatif aux concours administratifs*, 30 juin 1989). Cette jurisprudence était cependant critiquée. En effet, ce n'est pas parce qu'on a examiné un candidat de trop qu'on a mal examiné les autres. À plus forte raison, la jurisprudence traditionnelle se trouvait fragilisée par la loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions relatives à la fonction publique puisqu'un candidat peut, désormais, participer au concours alors même qu'il ne remplit pas les conditions pour être nommé dans le corps auquel il aspire (cf. la fiche n° 38 « Les conditions requises pour concourir »). Si ce candidat est reçu et ne remplit pas les conditions pour être nommé, l'administration pourra nommer le premier sur la liste complémentaire. L'appréciation du jury ne se trouve donc pas remise en cause du fait qu'il a examiné trop de candidats capables. Il en résulte que dans un tel cas le juge, saisi d'une contestation, ne devrait annuler que la nomination d'un candidat reçu au concours mais qui ne peut pas être nommé. S'agissant



des résultats du concours, le juge serait conduit soit à ne pas annuler du tout les résultats (la loi de 1991 permettant désormais de laisser participer tous les candidats au concours), soit à ne les annuler qu'en tant qu'ils déclarent reçu un candidat ne pouvant être nommé.

Un précédent antérieur à la loi de 1991 semble confirmer cette possibilité d'annulation partielle (CE, 13 février 1981, *Sieur Castel*, n° 18309, T.) mais le Conseil d'État n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur cette question depuis 1991.

Quelles sont les conséquences de l'annulation d'un concours ?

L'annulation d'un concours implique logiquement la remise en cause des nominations des lauréats. Cependant, une nomination comme fonctionnaire stagiaire est un acte créateur de droit que l'administration ne peut, en principe, remettre en cause que dans le délai de quatre mois (cf. la fiche n° 14 « Le retrait et l'abrogation d'un acte de gestion ») – délai qui, en pratique, est toujours expiré quand le juge se prononce. C'est pour cette raison que, depuis une décision Y... (CE, Sect., 10 octobre 1997, n° 170341, Rec.), le Conseil d'État estime que l'annulation d'un concours n'entraîne l'annulation des nominations consécutives que si elles ont été spécifiquement attaquées par le requérant dans le délai du recours contentieux. Dans le cas inverse, ces nominations demeurent et le requérant ne peut prétendre qu'à une indemnité s'il démontre avoir subi un préjudice direct et certain, tel que celui tiré de la perte de chances sérieuses (CE, Sect., 21 novembre 1969, *Sieur Idoux*, n° 72499, Rec. ; CE, 27 mai 1987, *M. X...*, n° 59158, Rec. ; CE, 25 novembre 1998, *Mme X...*, n° 181664, T.). La jurisprudence *Lugan* est revenue sur la position traditionnelle du Conseil d'État, qui estimait

que l'exécution d'une décision de justice annulant un concours autorisait et impliquait que l'administration revienne sur les nominations prononcées à la suite du concours (CE, 21 novembre 1962, *Sieur Pelbois*, Rec. p. 624). Par exception et eu égard aux conséquences très lourdes que peut avoir l'annulation d'un concours, le Conseil d'État a donc souhaité, par la jurisprudence *Lugan*, ménager un choix aux requérants qui contestent un concours illégal : ils peuvent, s'ils le souhaitent, se contenter d'attaquer le concours sans contester les nominations, afin d'obtenir une forme de satisfaction morale.

En revanche, si les nominations sont annulées, l'administration n'est pas tenue d'organiser un nouveau concours. Elle ne le fait que si elle décide de maintenir les postes ouverts au concours. Si les postes sont maintenus, l'administration est alors tenue de réorganiser le concours, en exécution de la chose jugée ou de reprendre les opérations du concours à partir de l'étape où elles ont été annulées lorsque ces opérations sont divisibles (CE, 14 octobre 2011, *M. Yves A...*, n° 333712, T.).



FICHE N° 41 :

Le stage

CE, 20 janvier 1984, *Ministre de l'éducation nationale c/ Dame Cavagna*, n° 30931, T. CE, Sect., 3 décembre 2003, *Mme Katia X/...*, n° 236485, Rec.

CE, Sect., 3 décembre 2003, *Syndicat intercommunal de restauration collective*, n° 256879, Rec.



L'essentiel

Le fonctionnaire stagiaire est un fonctionnaire nommé dans un emploi mais qui n'est pas encore titularisé. Il se trouve dans une situation probatoire et provisoire, en ce qu'il ne bénéficie d'aucun droit à la titularisation à l'issue de sa période de stage. L'administration peut, en effet, décider de prolonger sa période de stage ou refuser de procéder à sa titularisation. À la différence des licenciements intervenant en cours de stage, ce refus de titularisation, sur lequel le juge administratif n'exerce, sauf cas particuliers, qu'un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation, n'a pas à être motivé ni précédé de la communication à l'intéressé de son dossier.



Les mots du juge

« Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} du décret du 13 septembre 1949 concernant les fonctionnaires stagiaires de l'État, ceux-ci sont des agents nommés à un emploi permanent dont la titularisation dans le grade, donnant vocation définitive à occuper cet emploi, n'a pas encore été prononcée » (CE, 20 janvier 1984, *Ministre de l'éducation nationale c/ Dame X...*, n° 30931, T.)

« Considérant qu'un agent public ayant, à la suite de son recrutement ou dans le cadre de la formation qui lui est dispensée, la qualité de stagiaire se trouve dans une situation probatoire et provisoire ; qu'il en résulte qu'alors même que la décision de ne pas le titulariser en fin de stage est fondée sur l'appréciation portée par l'autorité compétente sur son aptitude à exercer les fonctions auxquelles il peut être appelé et, de manière générale, sur sa manière de servir, et se trouve ainsi prise en considération de sa personne, elle n'est pas – sauf à revêtir le caractère d'une mesure disciplinaire – au nombre des mesures qui ne peuvent légalement intervenir sans que l'intéressé ait été mis à même de faire valoir ses observations ou de prendre connaissance de son dossier, et n'est soumise qu'aux formes et procédures expressément prévues par les lois et les règlements » (CE, Sect., 3 décembre 2003, *Mme Katia X...*, n° 236485, Rec. & *Syndicat intercommunal de restauration collective*, n° 256879, Rec.)



Commentaire

L'existence du stage découle de la distinction entre nomination et titularisation. Alors que la nomination attribue un emploi, la titularisation est l'acte juridique qui confère un grade dans la hiérarchie administrative et consacre

le lien du fonctionnaire et de la collectivité qu'il sert. Le fonctionnaire stagiaire est un agent nommé qui n'est pas encore titularisé (CE, 20 janvier 1984, *Ministre de l'éducation nationale c/ Dame X...*, n° 30931, T.).

Catégories de fonctionnaires stagiaires

On distingue deux catégories de stagiaires : ceux qui sont nommés dans leur futur emploi permanent et qui doivent y faire leurs preuves et ceux qui suivent une formation dans

une école administrative pendant toute la durée de leur stage (par exemple, les élèves de l'École nationale d'administration ou les élèves des instituts régionaux d'administration).



Les stagiaires de la fonction publique d'État directement nommés dans leur futur emploi permanent sont régis par le décret n° 94-874 du 7 octobre 1994 dont l'article 1^{er} dispose que les fonctionnaires stagiaires sont « *les personnes qui ont satisfait à l'une des procédures de recrutement (...) et qui ont vocation à être titularisées après la période probatoire ou la période de formation qui est exigée par le statut particulier du corps dans lequel elles*

ont été recrutées ». Les stagiaires de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière sont régis par des dispositions similaires¹⁵.

Les stagiaires suivant une formation dans une école de formation pendant toute la durée de leur stage sont pour leur part régis par les dispositions spécifiques à ces écoles (CE, Sect., 3 décembre 2003, *Mme Katia X...*, n° 236485, Rec.).

Situation de l'élève et du fonctionnaire stagiaire

Les élèves et stagiaires sont soumis, à titre principal, aux textes particuliers qui leurs sont applicables. Ce n'est que « *dans la mesure où elles sont compatibles avec leur situation particulière* » qu'ils sont également régis par les dispositions statutaires des corps ou cadres d'emplois dans lesquels ils ont vocation à être titularisés¹⁶.

Le stage est, en principe, obligatoire, sauf lorsque des exceptions sont prévues par les textes – à l'instar des magistrats de tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel. Sa durée est fixée par les statuts

particuliers de chaque corps ou cadre d'emplois. Elle est en général d'un an.

Concrètement, les élèves fonctionnaires et les fonctionnaires stagiaires se trouvent dans une situation très similaire à celle des fonctionnaires titulaires, à la différence notable que leur situation est probatoire et provisoire (CE, Sect., 3 décembre 2003, *Mme Katia X...*, n° 236485, Rec.; CE, Sect., 3 décembre 2003, *Syndicat intercommunal de restauration collective*, n° 256879, Rec.).

Fin du stage

Trois options s'offrent à l'administration : la titularisation du fonctionnaire stagiaire, la prolongation du stage ou le licenciement, au cours ou à l'issue de la période de stage.

L'issue normale du stage est la titularisation du fonctionnaire stagiaire par l'autorité administrative (cf. la fiche n° 43 « La titularisation »). Cette dernière ne constitue en aucun cas un droit (CE, 13 mai 1932, *Sieur de Paul*, Rec. ; CE, 15 février 1963, *Dlle Turin*, Rec. ; CE, 13 juillet 1966, *Dame veuve Sendra*, T.). Le refus de titularisation demeure soumis à l'avis de la CAP compétente.

Le stagiaire peut également voir son stage prolongé d'une durée qui, sauf disposition particulière d'un corps ou cadre d'emplois, ne peut excéder la durée normale du stage¹⁷.

Enfin, le stagiaire peut être licencié, après avis de la CAP.

Dans la mesure où il bénéficie du droit d'accomplir l'intégralité de sa période probatoire (CE, 1^{er} février 2012, *Commune d'Incarville*, n° 336362, Rec.), son licenciement avant la fin de la période de stage doit être motivé (CE, 28 février 1997, *Mme Y...X...*, n° 148935, T.) et ne peut intervenir avant l'accomplissement de la moitié de la durée du stage, et seulement après que l'administration lui a communiqué son dossier (CE, 21 février 1973, *Ministre de l'éducation nationale c/ Sieur Larribe*, n° 87152, Rec.). Le juge administratif exerce en outre un plein contrôle sur les décisions de licenciement anticipé (CE, 16 octobre 1987, *Hôpital Saint-Jacques de Dieuze*, n° 60173, T.).

Le licenciement à l'issue de la période de stage, c'est-à-dire l'absence de titularisation du fonctionnaire stagiaire, est pour sa part entouré de garanties moins importantes. La décision de licenciement n'a pas à être motivée (CE, 9 décembre 2005, *Ministère des transports c/ M. X...*, n° 282525, T.) et l'agent n'a pas droit à la communication de son dossier (CE, Sect., 16 mars 1979, *Ministre du travail c/ M. Stephan*, n° 11552, Rec. ; CE, Sect., 3 décembre 2003, *Mme Katia X...*, n° 236485, Rec. ; CE, Sect., 3 décembre 2003, *Syndicat intercommunal de restauration collective*, n° 256879, Rec.). Le juge n'exerce qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur les refus de titularisation pour insuffisance professionnelle (CE, Sect., 16 mars 1979, *Ministre du travail c/ M. Stephan*, n° 11552, Rec.), à la différence des refus de titularisation pour inaptitude physique (CE, 16 juin 1995, *Commune de Savigny-le-Temple*, n° 114957, Rec.). Cela s'explique par le fait que, contrairement au droit dont il dispose d'accomplir sa période de stage, le fonctionnaire stagiaire ne dispose d'aucun droit à la titularisation.

Le principe général du droit fixant l'obligation faite à l'administration de chercher à reclasser un agent avant de pouvoir le licencier ne s'applique pas aux fonctionnaires stagiaires dont l'emploi a été supprimé (CE, 5 octobre 2016, *Communauté d'agglomération du Douaisis*, n° 386802, T.).

Les fonctionnaires stagiaires déclarés physiquement inaptes de façon définitive ne disposent pas du droit à être reclassés dans l'attente d'une titularisation (CE, 17 février 2016, n° 381429, inédite).

15 Cf. respectivement les décrets n° 92-1194 du 4 novembre 1992 n° 97-487 du 12 mai 1997.

16 Pour la fonction publique d'État : art. 2 du décret n° 94-874 du 7 octobre 1994 ; pour la fonction publique territoriale : art. 2 du décret n° 92-1194 du 4 novembre 1992 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 2 du décret n° 97-487 du 12 mai 1997.

17 Pour la fonction publique d'État : art. 5 du décret n° 94-874 du 7 octobre 1994 ; pour la fonction publique territoriale : art. 4 du décret n° 92-1194 du 4 novembre 1992 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 7 du décret n° 97-487 du 12 mai 1997.



FICHE N° 42 :

L'engagement de servir

CE, Sect., 30 mars 1981, Mme X..., n° 21789, Rec. CE, Sect., 18 mars 1994, Mlle X... n° 74387, Rec.



L'essentiel

L'engagement de servir est prévu par les textes régissant les écoles de la fonction publique ou les statuts particuliers applicables à certains fonctionnaires ou magistrats, en contrepartie de la formation dont ils ont bénéficié. La rupture de cet engagement, dont la durée et la teneur sont variables, entraîne en principe le versement par l'intéressé d'une somme d'argent au Trésor. Cette indemnité, qui ne revêt pas le caractère d'une sanction, est communément dénommée « *pantoufle* ».



Les mots du juge

« Considérant qu'aux termes de l'article 3 du décret du 9 octobre 1945, modifié par le décret du 2 juin 1947, les fonctionnaires appartenant aux corps ou services auxquels l'école nationale d'administration destine "doivent, au moment où ils sont affectés à la carrière choisie par eux, souscrire l'engagement de rester au service de l'État pendant une durée minimum de dix années (...). En cas de rupture de leur engagement, ces fonctionnaires sont révoqués et doivent verser au trésor une indemnité égale à deux fois leur dernier traitement annuel ; (...) qu'il est constant que, si Mme X... a démissionné de ses fonctions d'administrateur civil, alors qu'elle n'était pas restée au service de l'État pendant une durée minimum de dix années, elle n'a pas souscrit l'engagement prévu par le texte précité ; qu'il suit de là et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, que Mme X...est fondée à soutenir que c'est en violation de ce texte que le premier ministre, par l'article 3 du décret du 3 juillet 1979, et le directeur général de la caisse des dépôts et consignations, par une décision du 21 novembre suivant, l'ont astreinte à verser au Trésor l'indemnité litigieuse »
(CE, Sect., 30 mars 1981, Mme X...t, n° 21789, Rec.)

« Considérant qu'aux termes de l'article 12 du décret susvisé du 27 février 1957 concernant le recrutement des professeurs des lycées, collèges classiques et modernes et écoles normales primaires et des professeurs des disciplines littéraires et scientifiques des écoles nationales professionnelles et des collèges techniques, modifié par le décret du 12 septembre 1960 : "Tout candidat à un poste d'élève-professeur ... doit souscrire l'engagement de servir dans l'enseignement public pendant une durée minimum de dix années à dater de l'entrée à l'IPES" (institut de préparation aux enseignements de second degré) ; qu'il est constant que, reçue en juin 1977 à l'IPES de la faculté des sciences de Dijon, Mme X... a alors souscrit cet engagement ; qu'en vertu du deuxième alinéa de l'article 18 du même décret, toute rupture, par leur fait, de l'engagement prévu à l'article 12, qui présente un caractère statutaire et non contractuel, entraîne pour les intéressés l'obligation de reverser les sommes perçues jusqu'à la date de cette rupture ; considérant, d'une part, que les dispositions réglementaires précitées, dont l'objet était d'assurer le recrutement de fonctionnaires du ministère de l'éducation nationale ne méconnaissent aucune disposition législative ni aucun principe général du droit ; qu'en particulier, le principe, invoqué par Mme X..., de l'unité juridique de l'État, ne fait pas obstacle à ce que le recrutement d'agents publics soit subordonné à l'engagement de servir pendant une durée déterminée dans certaines fonctions ; considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction que Mme X..., après deux échecs en 1979 et 1981 au concours du certificat d'aptitude des professeurs de l'enseignement secondaire et après avoir bénéficié de la bourse d'enseignement supérieur prévue à l'article 16 bis du décret du 27 février 1957 précité, s'est vu proposer à la rentrée de 1981 plusieurs postes de maître auxiliaire, dont deux dans sa propre académie, et qu'elle les a tous refusés ; qu'entre-temps, en juin 1981, elle avait été reçue au concours d'inspecteur-élève des impôts et nommée en septembre



1981 inspecteur des impôts stagiaire, puis titularisée en septembre 1982 ; qu'ainsi, contrairement à ce qu'elle soutient, la requérante doit être regardée comme ayant rompu de son fait l'engagement qu'elle avait souscrit ; que la circonstance qu'elle soit devenue fonctionnaire est sans influence sur la rupture dudit engagement »

(CE, Sect., 18 mars 1994, Mlle X..., n° 74387, Rec.)



Commentaire

Certains statuts particuliers créent une obligation, pour les fonctionnaires, de souscrire un engagement de servir d'une durée déterminée, en contrepartie de la formation initiale rémunérée dont ils ont bénéficié. C'est par exemple

le cas pour les élèves de l'école polytechnique, de l'école nationale d'administration ou des instituts régionaux d'administration.

Valeur et nature juridique de l'engagement de servir

La plupart des statuts particuliers prévoyant un engagement de servir précisent que celui-ci doit être souscrit ou signé par l'agent concerné, ce qui signifie qu'il ne peut être implicite. Le Conseil d'État juge ainsi qu'en l'absence de souscription d'un engagement de servir prévu par les textes, l'administration ne peut exiger d'un agent démissionnaire qu'il verse l'indemnité due en cas de rupture de cet engagement (CE, Sect., 30 mars 1981, Mme X..., n° 21789, Rec.). À l'inverse, la souscription d'un engagement de servir non prévu par les textes est dépourvu de valeur juridique et ne peut servir de fondement à une décision mettant une somme à la charge du fonctionnaire ayant méconnu cet engagement (CE, 6 février 1963, *Ministre de la France d'outre-mer*, T.).

Le Conseil d'État a par ailleurs précisé que l'engagement de servir ne constitue pas, par lui-même un acte faisant grief. Sa légalité ne peut être appréciée qu'à l'occasion d'un recours dirigé contre la décision qui en sanctionne la méconnaissance (CE, 13 janvier 1988, Mlle Y... c/ *Centre hospitalier spécialisé de Maison Blanche*, n° 47600, Rec.). L'acte formalisant l'engagement de servir est donc un simple acte préparatoire. Le recours dirigé contre une décision par laquelle l'administration a rejeté la demande d'un agent tendant à la modification d'un engagement de servir irrégulier est en revanche recevable (CE, 14 juin 1995, *Syndicat CGT des personnels du centre hospitalier spécialisé de Navarre*, n° 118470, inédit).

Teneur de l'engagement de servir

La durée et les modalités de l'engagement de servir sont très variables d'un statut à l'autre. Les élèves de l'École polytechnique, de l'École nationale d'administration et de l'École des hautes études en sciences sociales, par exemple, sont ainsi soumis à un engagement d'une durée de dix années, tandis que les élèves des instituts régionaux d'administration, par exemple, ne s'engagent à servir l'État que pour une durée de cinq ans. La durée de l'engagement est en général décomptée à partir de la date de titularisation dans le corps mais elle peut également, bien que plus rarement, inclure la période de formation¹⁸.

hospitalière ou au sein des services de la Communauté européenne ou dans l'administration d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen » (art. 26 du décret n° 84-588 du 10 juillet 1984). Dans certains cas, l'obligation de servir pendant une durée déterminée est beaucoup plus restrictive et vise une administration ou un service public spécifiquement désigné. Tel était notamment le cas des élèves professeurs affectés en institut de préparation aux enseignements du second degré (IPES), lesquels devaient souscrire un engagement de servir dans l'enseignement public pendant une durée déterminée. Saisi du cas d'une ancienne élève professeur ayant échoué au CAPES et devenue par la suite inspectrice des impôts, le Conseil d'État a jugé que les services accomplis par l'intéressée en cette dernière qualité ne pouvaient être comptabilisés au titre de l'engagement de servir qu'elle avait initialement souscrit (CE, Sect., 18 mars 1994, Mlle X..., n° 74387, Rec.).

S'agissant d'un engagement de servir, ne sont pas prises en compte les périodes de disponibilité (voir sur ce point les conclusions du commissaire du gouvernement sur l'affaire Mme X... précitée), ni les services accomplis dans des emplois occupés antérieurement à la nomination dans le corps auquel est attaché l'engagement de servir souscrit par l'agent (CE, 9 janvier 1981, M. Le Bris, n° 19422, T.). Selon les cas, le périmètre des administrations au sein desquelles l'agent doit s'acquitter de son engagement est plus ou moins restreint. Ainsi, pour les élèves des instituts régionaux d'administration, est prise en compte la durée de service effectuée « dans un emploi relevant de la fonction publique territoriale ou de la fonction publique

Notons que le principe de non-rétroactivité des actes administratifs interdit qu'un changement de réglementation remette en cause la portée des engagements statutaires souscrits avant son entrée en vigueur (CE, 28 décembre 2001, M. Jean-Pierre X...DE X..., n° 231155, T.).

¹⁸ Cf. par exemple le décret n° 2007-1930 du 26 décembre 2007 portant statut particulier du corps des directeurs d'établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux de la fonction publique hospitalière.



Conséquences de la rupture de l'engagement de servir

L'engagement de servir doit, en principe, être accompli de manière ininterrompue. Ainsi, sont constitutives d'une rupture du lien avec le service, susceptibles de donner lieu à la constatation de la rupture de l'engagement de servir, la démission, la radiation, le licenciement ou l'abandon de poste, indépendamment de la titularisation ultérieure de l'intéressé dans un autre corps de la fonction publique (CE, 3 octobre 2003, *M. X...*, n° 229542, T.). Le placement de l'agent en position de disponibilité avant d'avoir accompli la totalité des périodes dues au titre de son engagement n'est cependant pas constitutif d'une rupture de cet engagement (CE, 14 juin 1989, *Mme X...*, n° 65450, T.). La rupture de l'engagement donne lieu à la mise à la charge de l'intéressé d'une somme d'argent – parfois dénommée « *pantoufle* » – qui a soit pour objet le remboursement, par le fonctionnaire, du montant correspondant à l'investissement consenti par la personne publique pour le former (c'est la logique du décret n° 2015-566 du 20 mai 2015 relatif au remboursement des frais d'entretien et d'études par certains élèves de l'École polytechnique), soit de le dissuader

de rompre cet engagement (c'est la logique du décret n° 2014-1370 du 14 novembre 2014 relatif à la rupture de l'engagement de servir des anciens élèves de l'École nationale d'administration, qui prévoit le versement d'une somme forfaitaire correspondant à deux années de traitement et dégressive après six ans de service). Dans ce dernier cas, le montant de la somme demandée au fonctionnaire peut excéder le montant des frais de scolarité pris en charge par l'État (CE, 22 février 2006, *M. X...*, n° 258555, T.). Certains statuts particuliers prévoient que les fonctionnaires qui rompent leur engagement pour raisons de santé ou pour des nécessités d'ordre familial ne sont soumis au versement d'aucune somme.

Enfin, l'indemnité dont les fonctionnaires sont redevables au Trésor en cas de rupture de leur engagement de servir ne revêtant pas le caractère d'une sanction (CE, 22 février 2006, *M. X...*, n° 258555, T.), ces derniers n'ont pas à être mis en mesure, préalablement à la décision prise sur ce point par l'administration, de prendre connaissance de leur dossier administratif.



FICHE N° 43 :

La titularisation

CE, Sect., 16 mars 1979, *Ministre du travail c/ M. Y...*, n° 11552, Rec.

CE, 1^{er} février 2012, *Commune d'Incarville*, n° 336362, Rec.



L'essentiel

La titularisation constitue l'issue normale de la période de stage et la dernière étape du recrutement des fonctionnaires. L'administration peut cependant procéder au licenciement des fonctionnaires stagiaires soit au cours de la période de stage, soit à l'issue de cette dernière. Par ailleurs, des plans de titularisation des agents publics non titulaires sont régulièrement votés par le législateur.



Les mots du juge

« Considérant que le stage de M. Stéphan qui, en l'absence de mesure expresse de titularisation, conservait la qualité de stagiaire après l'expiration de la durée normale du stage, prenant fin de plein droit à l'issue de la période de prorogation ; qu'il résulte des pièces du dossier que son licenciement n'a pas eu un caractère disciplinaire, mais était la conséquence nécessaire du refus de titularisation intervenu à l'issue de la période de stage ; qu'une telle décision n'entre dans aucune des catégories de mesures marquant l'obligation pour l'administration de communiquer son dossier à l'intéressé ; qu'ainsi le ministre du travail est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Lyon a jugé que le licenciement de M. Stéphan avait, en l'absence d'une telle communication, été prononcé selon une procédure irrégulière »

(CE, Sect., 16 mars 1979, *Ministre du travail c/ M. Stéphan*, n° 11552, Rec.)

« Considérant que, sous réserve d'un licenciement intervenant en cours de stage et motivé par ses insuffisances ou manquements professionnels, tout fonctionnaire stagiaire a le droit d'accomplir son stage dans des conditions lui permettant d'acquérir une expérience professionnelle et de faire la preuve de ses capacités pour les fonctions auxquelles il est destiné ; que, s'il est loisible à l'autorité administrative d'alerter, en cours de stage, l'agent sur ses insuffisances professionnelles et, le cas échéant, sur le risque qu'il encourt de ne pas être titularisé s'il ne modifie pas son comportement, la collectivité employeur ne peut, avant l'issue de la période probatoire, prendre d'autre décision que celle de licencier son stagiaire pour insuffisance professionnelle »

(CE, 1^{er} février 2012, *Commune d'Incarville*, n° 336362, Rec.)



Commentaire

La titularisation d'un agent dans un grade de la hiérarchie administrative est l'acte qui donne un caractère définitif à sa nomination dans un corps ou cadre

d'emplois comprenant un ou plusieurs grades et regroupant les fonctionnaires soumis à un même statut particulier.

Titularisation des fonctionnaires stagiaires

La titularisation du fonctionnaire stagiaire dans un grade de la hiérarchie administrative constitue l'issue normale du stage (cf. la fiche n° 41 « Le stage »). Cette titularisation rend définitif le recrutement de l'intéressé dans la fonction publique.

Le fonctionnaire stagiaire peut cependant ne jamais être titularisé, soit qu'il soit licencié avant la fin de la période

de stage, soit qu'il fasse l'objet d'un refus de titularisation à l'issue de la période probatoire.

Bien que le fonctionnaire stagiaire ait, en principe, le droit d'effectuer l'intégralité de sa période probatoire, il peut en effet faire l'objet d'un licenciement pour insuffisance professionnelle en cours de stage, à condition qu'il ait effectué plus de la moitié de la durée normale du



stage¹⁹, ainsi que l'a rappelé le Conseil d'État dans une décision *Commune d'Incarville* (CE, 1^{er} février 2012, n° 336362, Rec.). Le fonctionnaire stagiaire peut également être licencié pour inaptitude physique ou en cas de suppression de l'emploi occupé (sans obligation faite à l'administration de chercher à le reclasser : CE, 17 février 2016, n° 381429, Inédit ; CE, 5 octobre 2016, *Communauté d'agglomération du Douvaisis*, n° 386802, T.) ou pour un motif disciplinaire. L'employeur peut informer le stagiaire « dans un délai raisonnable avant la fin du stage, de son intention de ne pas le titulariser » (CE, 1^{er} octobre 2015, *Centre hospitalier du Quesnoy*, n° 375356, T.). Dans tous les cas de licenciement anticipé, le fonctionnaire stagiaire bénéficie du droit à la communication de son dossier (CE, 21 février 1973, *Ministre de l'éducation nationale c/ Sieur X...*, n° 87152, Rec.) et la décision de licenciement anticipé doit être motivée (CE, 16 octobre 1987, *Hôpital Saint-Jacques de Dieuze*, n° 60173, T.). En cas de contestation, le juge exerce un contrôle normal sur cette décision (CE, 28 février 1997, *Mme X...*, n° 148935, T.). Le refus de titularisation à l'issue de sa période probatoire se caractérise par comparaison par un niveau de garantie moindre pour l'agent concerné. La justification de l'existence même d'une période probatoire étant de tester les

compétences professionnelles des fonctionnaires en devenir, l'administration peut licencier l'agent pour insuffisance professionnelle à l'issue de la période de stage, sans que cette décision ne soit motivée (CE, 29 juillet 1983, *Ministre de la justice c/ Mlle Lorraine*, n° 49641, T.) ni qu'elle ouvre droit à la communication de son dossier (CE, Sect., 16 mars 1979, *Ministre du travail c/ M. Y...*, n° 11552, Rec.). En l'absence de dispositions statutaires en ce sens, l'administration ne peut, en revanche, fonder un refus de titularisation sur les résultats obtenus à des épreuves de contrôle de connaissance au lieu de se fonder sur une appréciation de l'exercice des fonctions durant le stage (CE, 7 octobre 1988, *Ville de Besançon c/ M. Leroy et autres*, n° 56797, Rec.).

En cas de contestation, le juge administratif n'exerce qu'un contrôle restreint sur la décision de licenciement pour insuffisance professionnelle en fin de stage (CE, Sect., 16 mars 1979, *Ministre du travail c/ M. X...*, n° 11552, Rec. ; CE, 27 avril 1994, *Commune d'Heillecourt*, n° 125837, T.). Cependant, il exerce un contrôle normal sur la décision de licenciement pour inaptitude physique (CE, 16 juin 1995, *Commune de Savigny-le-Temple*, n° 114957, Rec.).

Mesures exceptionnelles de titularisation

Les agents non-titulaires autres que les fonctionnaires stagiaires, « mauvaise conscience de la fonction publique »²⁰ font également l'objet de mesures ponctuelles de titularisation, régies par des textes spécifiques. Parmi les principaux plans de titularisation mis en place depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale figure celui issu de la loi n° 83-481 du 11 juillet 1983 définissant les conditions dans lesquelles doivent être pourvus les emplois civils permanents de l'État et autorisant l'intégration des agents non titulaires. Certaines des dispositions de cette loi, toujours en vigueur, figurent désormais aux articles 73 à 76 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984. Elles permettent aux agents non titulaires occupant un emploi permanent de la fonction publique, en fonction à la date de l'entrée en vigueur de la loi n° 83-481 du 11 juillet 1983 et ayant effectué au moins deux ans de service à temps complet, d'être titularisés. La loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996 a, pour sa part, ouvert la possibilité, dans un délai de quatre ans à compter de sa publication, d'organiser des concours réservés aux agents non titulaires occupant des fonctions du niveau de la catégorie C ou des fonctions d'éducation et d'enseignement en qualité de maître auxiliaire, justifiant notamment de quatre années de services effectifs au cours des huit dernières années. Cette mesure concernait les trois fonctions publiques. Cette loi a été suivie d'un nouveau plan de titularisation mis en œuvre par la loi

n° 2001-1 du 3 janvier 2001 et prévoyant, notamment, pour une durée de cinq ans à compter de sa publication, l'organisation de concours réservés d'accès à la fonction publique destinés aux agents non titulaires ayant exercé à titre temporaire des fonctions qui auraient dû être dévolues à des fonctionnaires, justifiant de trois années de services effectifs au cours des huit dernières années ainsi que des titres et diplômes requis des candidats aux concours externes équivalents. Cette loi a également prévu la création de concours réservés aux candidats justifiant d'une expérience professionnelle, élective ou associative (les « troisième concours ») ainsi que la possibilité de recruter sans concours, pendant cinq ans, des agents de catégorie C. Enfin, la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 comporte des dispositions permettant, pour une durée de quatre ans, la titularisation d'agents contractuels en fonction ou en congés à la date de publication de cette loi, sous réserve du respect par ces derniers de conditions comparables à celles prévues par les précédentes lois de résorption de l'emploi précaire. Le délai de quatre ans initialement prévu par cette loi a été porté à six ans par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016.

La loi n° 2019-828 du 6 août 2019 n'a pas mis en œuvre de nouveau plan de titularisation, le choix du Gouvernement étant plutôt d'élargir le recours au contrat.

Consultation de la commission administrative paritaire compétente

Le refus d'une titularisation d'un agent doit intervenir après avis de la commission administrative paritaire compétente. La consultation de cette commission est également requise

en cas de licenciement pour insuffisance professionnelle d'un fonctionnaire stagiaire avant la fin de sa période probatoire²¹.

¹⁹ Pour la fonction publique d'État : art. 7 du décret n° 94-874 du 7 octobre 1994 ; pour la fonction publique territoriale : art. 5 du décret n° 92-1194 du 4 novembre 1992 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 9 du décret n° 97-487 du 12 mai 1997.

²⁰ POCHARD Marcel, *Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la fonction publique*, Cahiers de la fonction publique, juin 2002, p. 3-7.

²¹ Pour la fonction publique d'État : art. 7 du décret n° 94-874 du 7 octobre 1994 ; pour la fonction publique territoriale : art. 5 du décret n° 92-1194 du 4 novembre 1992 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 9 du décret n° 97-487 du 12 mai 1997.



FICHE N° 44 :

La position d'activité

CE, Sect., 6 novembre 2002, M. Jean-Claude X... n° 227147, Rec.



L'essentiel

En vertu de l'article 12 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, le fonctionnaire ne peut être placé que dans un nombre limitatif de positions : l'activité, le détachement, la disponibilité ou le congé parental¹. Aux termes de dispositions communes aux trois fonctions publiques, « l'activité est la position du fonctionnaire qui, titulaire d'un grade, exerce effectivement les fonctions de l'un des emplois correspondant à ce grade »². L'administration doit, sous le contrôle du juge, tirer les conséquences des dispositions législatives définissant la position d'activité : tout fonctionnaire tient de son statut le droit de recevoir, dans un délai raisonnable, une affectation correspondant à son grade, qu'il soit en activité au sein de son corps ou qu'il réintègre celui-ci au terme de l'une ou l'autre des positions dans lesquelles il se trouvait auparavant (détachement, disponibilité, congé parental).



Les mots du juge

« Considérant que, sous réserve de dispositions statutaires particulières, tout fonctionnaire en activité tient de son statut le droit de recevoir, dans un délai raisonnable, une affectation correspondant à son grade ; considérant qu'en maintenant M. Jean- Claude X... en activité avec traitement mais sans affectation pendant plus de onze années, alors qu'il appartenait au ministre des affaires étrangères, soit de lui proposer une affectation, soit, s'il l'estimait inapte aux fonctions correspondant à son grade, d'engager une procédure de licenciement pour insuffisance professionnelle, le ministre a méconnu cette règle ; que, par suite, M. Jean-Claude X... est fondé à demander l'annulation de cette décision » (CE, Sect., 6 novembre 2002, M. M. Jean- Claude X... ,n° 227147, Rec.)



Commentaire

En principe, la position d'activité recouvre trois situations distinctes :

- la position d'activité dans l'administration gestionnaire du corps auquel le fonctionnaire appartient, suivant laquelle il est affecté à un emploi dans son administration ;
- la mise à disposition (cf. la fiche n° 48 « La mise à disposition ») par laquelle il est réputé occuper un emploi dans son administration d'origine mais effectue son service dans une administration ou un organisme d'accueil ;
- pour les seuls fonctionnaires de l'Etat, a en outre été créée la « position normale d'activité » (dite PNA).

Les statuts des fonctionnaires de l'Etat prévoient en effet un rattachement à un ou plusieurs départements ministériels dans lesquels ils ont vocation à être affecté et dont les ministres sont autorités de gestion. Mais le décret n° 2008-370 du 18 avril 2008 permet désormais à tous les fonctionnaires d'être affectés en dehors de l'administration gestionnaire du corps, pour un emploi correspondant aux missions statutaires de corps et de son grade. Cette affectation est limitée à une durée de trois ans renouvelable en application du nouvel article 68 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019) et du décret n° 2020-436 du 15 avril 2020 modifiant les conditions d'exercice des fonctions en position d'activité dans les administrations de l'Etat. Le décret permet ainsi de procéder directement

1 La position hors-cadres a été supprimée par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

2 Pour la fonction publique d'État : art. 33 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 56 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 40 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.



à des affectations dans des situations qui, auparavant, aurait nécessité de procéder à une mise à disposition ou à un détachement.

Toutefois, il existe des situations de position d'activité spécifiques à certaines catégories de fonctionnaire. Tel est le cas, par exemple, des personnels de direction et des directeurs des soins des établissements hospitaliers qui peuvent être placés en *recherche d'affectation* auprès du Centre national de gestion des praticiens hospitaliers et des personnels de direction de la fonction publique hospitalière, lequel les rémunère pendant une période maximum de deux ans³. C'est encore le cas des enseignants-chercheurs qui peuvent être mis en situation de *délégation*, laquelle est une adaptation de la mise à disposition leur permettant d'effectuer plus facilement une mobilité vers le secteur privé dans l'intérêt de la recherche⁴. Les statuts particuliers de certains corps de la haute fonction publique envisagent

une *position d'activité hors cadre* (à distinguer de la position hors-cadre, supprimée depuis 2016) : les préfets jusqu'en 2015⁵, les sous-préfets⁶ ou encore les officiers militaires⁷.

Il convient d'ajouter que, en certaines hypothèses, un fonctionnaire peut être régulièrement placé en position d'activité sans exercer aucun service (cf. la fiche n° 22 « Le droit à rémunération et la règle du service fait »). C'est le cas, notamment, lorsqu'il bénéficie :

- d'une *décharge de service pour mandat syndical* (art. 23 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ; CE, Sect., 27 juillet 2012, *M. A...B...*, n° 342908, Rec.) ;
- d'un *congé rémunéré* ;
- d'une *autorisation d'absence* accordée sous réserve des nécessités du service.

Le fonctionnaire titulaire tient de son statut un droit de recevoir une affectation correspondant à son grade dans un délai raisonnable

Il s'agit d'une règle fondamentale du statut de la fonction publique. Il en résulte qu'un fonctionnaire qui arrive au terme d'une affectation ou dont l'emploi est supprimé doit être affecté à un nouvel emploi correspondant à son grade. Ainsi, par exemple, un haut-fonctionnaire du ministère des affaires étrangères avait, au terme d'une affectation comme ambassadeur, été maintenu plus de onze ans sans affectation. L'administration avait estimé qu'il ne lui était plus possible de lui confier des fonctions de responsabilité et d'encadrement. Une décision du 6 novembre 2002 a jugé qu'elle a, ce faisant, méconnu le droit statutaire du fonctionnaire de recevoir une affectation (CE, Sect., 6 novembre 2002, *M. Jean-Claude X...*, n° 227147, Rec.). Comme le faisait alors remarquer le commissaire du gouvernement, ce droit statutaire du fonctionnaire rejoint les exigences de bonne gestion publique procédant de l'article 15 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon lequel : « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ».

L'administration étant tenue d'affecter tout fonctionnaire en position d'activité, elle est placée devant l'alternative suivante :

- soit elle désigne au fonctionnaire une affectation *correspondant à son grade*. Pour procéder à cette affectation, elle dispose d'un délai raisonnable qui s'apprécie en fonction des difficultés qu'elle peut rencontrer pour trouver une affectation adéquate. En tout état de cause, l'administration ne saurait satisfaire l'obligation qui lui incombe en procédant à une affectation pour ordre, strictement prohibée par l'article 12 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (CE, 1^{er} décembre 1982, *Mme Fernande X...* n° 22114, T.) ;
- soit elle estime que le fonctionnaire est incapable de remplir les fonctions qui pourraient lui être confiées. En cette hypothèse, elle doit le licencier *pour insuffisance professionnelle* (cf. la fiche n° 58 « Le licenciement pour insuffisance professionnelle »).

L'article 72 de la loi 2019-828 du 6 août 2019 crée, à titre expérimental, pour les fonctionnaires appartenant aux trois versants de la fonction publique, pendant une durée de six années, un dispositif de rupture conventionnelle, applicable dès le 1^{er} janvier 2020 et jusqu'en 2025. Ce dispositif ouvre à l'administration une troisième option permettant de mettre fin à une situation de non affectation, élaboré de manière consensuelle avec le fonctionnaire.

Si l'administration commet une illégalité fautive en ne donnant pas à un fonctionnaire en situation d'activité un poste adéquat, il appartient au fonctionnaire de se manifester auprès de l'administration pour faire cesser l'illégalité de sa situation

Le Conseil d'État reconnaît donc le caractère fautif de la décision de l'administration qui place un fonctionnaire en position d'activité dans une situation irrégulière en ne l'affectant pas à un emploi correspondant à son grade dans

un délai raisonnable. Celui-ci est en droit de demander réparation du préjudice direct et certain qu'il a subi du fait de cette illégalité fautive.

3 Art. 50-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

4 Art. 11 et suivants du décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences.

5 Décret n° 64-805 du 29 juillet 1964 fixant les dispositions réglementaires applicables aux préfets, tel que modifié par le décret n° 2015-535 du 15 mai 2015.

6 Décret n° 64-260 du 14 mars 1964 portant statut des sous-préfets.

7 Ordonnance n° 58-1329 du 23 décembre 1958 relative à la situation « hors cadre » et à la position « spéciale hors cadre » des personnels militaires.



Toutefois, le juge tient compte des démarches que l'intéressé a effectuées auprès de son administration. Si cette circonstance n'exonère pas l'État de sa responsabilité, elle permet d'ajuster l'indemnité perçue par le fonctionnaire qui a contribué, par sa carence, à la persistance de l'illégalité et à l'étendue du préjudice dont il demande réparation (CE, Sect., 6 novembre 2002, *M. Jean-Claude X...* n° 227147, Rec. ; ou encore : CE, 4 mars 2009, *M. Brunel*, n° 311122, T. ; CE, 8 juin 2011, *Mme B...A...* n° 335507, T. ; CE, 6 décembre 2017, *Ministre des affaires étrangères*, n° 405841, T.).

lité et à l'étendue du préjudice dont il demande réparation (CE, Sect., 6 novembre 2002, *M. Jean-Claude X...* n° 227147, Rec. ; ou encore : CE, 4 mars 2009, *M. Brunel*, n° 311122, T. ; CE, 8 juin 2011, *Mme B...A...* n° 335507, T. ; CE, 6 décembre 2017, *Ministre des affaires étrangères*, n° 405841, T.).

Le fonctionnaire est tenu d'accepter l'affectation correspondant à son grade que lui désigne l'administration

Le grade étant distinct de l'emploi aux termes de l'article 12 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, le fonctionnaire est seulement en droit d'exiger un emploi qui – outre le fait qu'il doit être vacant et ne pas correspondre à une nomination pour ordre – corresponde aux fonctions que son grade lui donne droit à exercer. En refusant une affectation satisfaisant à cette condition, le fonctionnaire commet une faute qui, le cas échéant, peut être constitutive d'un abandon de poste (cf. la fiche n° 61 « L'abandon de poste ») (CE, 10 mai 1972, *Sieur Dufond*, n° 80682, Rec.). Toutefois, ne présente pas les caractères d'un abandon de poste le fait, fautif, pour un fonctionnaire de refuser sa nouvelle affectation tout en continuant à se rendre dans son ancien service (CE, 4 juillet 1997, *Mme Zohra X...*, n° 176360, T.).

d'avantage comme un logement de fonction (CE, 22 mai 1981, *Cne de Chennevières-sur-Marne*, n° 17330, T.). Il en va de même si le contenu de l'affectation porte atteinte aux droits et prérogatives tirés du statut (v. CE, 11 juin 2003, *Lejeune*, n° 228683, relative à la répartition des fonctions d'enseignement entre des professeurs d'université). Le Conseil d'Etat admet aussi qu'on conteste un changement d'affectation qui ne constitue pas une mutation mais qui traduirait une discrimination (CE, Sect., 25 septembre 2015, *Mme B...* n° 372624, Rec.).

Si le fonctionnaire ne peut refuser une affectation correspondant à son grade, il peut contester devant le juge la mesure modifiant son affectation lorsque celle-ci ne constitue pas une *mesure d'ordre intérieur* (cf. la fiche n° 93 « Les mesures d'ordre intérieur »), c'est-à-dire si elle correspond à ce que la jurisprudence désigne par une « mutation », parce qu'elle modifie de façon suffisamment importantes les conditions de travail de l'agent : changement de résidence administrative, diminution sensible de responsabilités (CE, sect. 4 mars 1977, *Sieur Rondeau*, Rec.), diminution de rémunération (CE, 25 septembre 1995 *M. X...*, T. ; CE, 4 fév 2011, *Mme A...*, n° 335098, Rec.), perte

Lorsque le changement d'affectation présente les caractères d'une mesure susceptible de faire l'objet d'un recours contentieux, l'intéressé peut en contester la légalité : sous réserve de dispositions législatives spéciales, toute mutation d'office doit être motivée par l'intérêt du service (cf. la fiche n° 49 « La mutation et les conséquences sur la situation individuelle du fonctionnaire »).

Ceux des fonctionnaires qui bénéficient de la garantie d'inamovibilité ne peuvent faire l'objet d'une mutation d'office. Ainsi, les juges administratifs et financiers (soumis au statut général de la fonction publique) ainsi que les magistrats du siège (soumis à un statut particulier déterminé par une loi organique) ne peuvent recevoir une nouvelle affectation sans leur consentement, y compris lorsqu'elle leur est proposée pour un avancement⁸.

La position d'activité a été élargie pour comprendre l'affectation d'un fonctionnaire à un poste correspondant aux missions statutaires de son corps mais exercées en dehors de l'administration gestionnaire de ce corps

Le décret n° 2008-370 du 18 avril 2008 organise une modalité particulière de la position d'activité pour les fonctionnaires d'État, appelée « *position normale d'activité* » (PNA). Celle-ci permet à un fonctionnaire d'État en position d'activité d'être affecté dans une administration différente de son administration gestionnaire, sans faire l'objet d'un détachement ni d'une mise à disposition, à la condition que les fonctions qu'il exerce entrent dans le champ des missions prévues par le statut du corps auquel il appartient (CE, Ass., 28 décembre 2009, *Syndicat national du travail, de l'emploi et de la formation et autres*, n° 316479, Rec.). Ces dispositions réglementaires prennent acte de ce que les missions statutaires d'un corps ne correspondent pas nécessairement au périmètre de l'administration gestionnaire du corps et facilitent l'affectation de fonctionnaires en dehors de leur département ministériel. Le périmètre

de la PNA est déterminé par les missions statutaires d'un corps et non par le périmètre de l'administration qui en est le gestionnaire. Lorsque le poste ne relève pas du département ministériel gestionnaire, l'affectation est soumise à l'avis conforme de l'autorité compétente de l'administration d'accueil. En précisant cette distribution des compétences de gestion, le Conseil d'État a jugé que les *conditions d'emploi* des fonctionnaires en PNA sont, en principe, régies par les règles de l'administration d'accueil (ex. : les règles relatives aux congés, à l'aménagement et à la réduction du temps de travail et aux autorisations d'absence). Si les règles régissant le régime indemnitaire sont celles de son administration d'origine, les conditions de mise en œuvre de celles-ci peuvent être définies soit par cette dernière, soit par l'administration d'accueil (CE, 26 janvier 2018, n° 407356, T.).

8 Pour les magistrats du siège : art. 64 de la constitution du 4 octobre 1958 : pour les magistrats administratifs (membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel) : art. L. 231-3 du code de justice administrative ; pour les magistrats financiers (membres de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes) : art. L. 120-1 et L. 220-1 du code des juridictions financières.



FICHE N° 45 :

Le détachement

CE, 28 juillet 1995, *Département de la Loire*, n° 118716, Rec. CE, 25 juin 2014, *Syndicat des juridictions financières*, n° 365207, Rec.

CE, 19 septembre 2014, *M. A...B...*, n° 371098, Rec.



L'essentiel

Le détachement constitue l'une quatre des positions statutaires (art. 12 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983). Cette position a pour objet de permettre à un fonctionnaire d'exercer son activité hors de son corps ou de son cadre d'emplois d'origine, tout en lui permettant de continuer à bénéficier de ses droits à l'avancement et à la retraite. Tous les corps et cadres d'emplois sont accessibles aux fonctionnaires civils par la voie du détachement, qui s'effectue entre corps et cadres d'emplois de niveau comparable. L'administration est tenue de proposer au fonctionnaire son intégration dans le corps ou le cadre d'emplois dans lequel il est détaché à l'expiration d'une période continue de cinq ans, sans attendre la fin de la période de son détachement.



Les mots du juge

« Considérant que M. Jean-Jacques X..., rédacteur territorial titulaire, en service auprès du département de la Loire, a sollicité sa mutation pour occuper un emploi de même nature dans les services de la ville de Saint-Chamond, dont la vacance avait été déclarée au centre national de la fonction publique territoriale ; que l'affectation de M. X... à un tel emploi, auquel son grade dans le cadre d'emplois des rédacteurs territoriaux lui donnait vocation, ne nécessitait pas qu'il fût placé hors de son cadre d'emplois ; qu'elle n'était, dès lors, pas subordonnée à son détachement par le département de la Loire auprès de la ville de Saint-Chamond et devait être prononcée selon la procédure de mutation prévue par l'article 51 précité de la loi du 26 janvier 1984 »

(CE, 28 juillet 1995, *Département de la Loire*, n° 118716, Rec.)

« Considérant que les corps de la fonction publique militaire ne sont pas classés dans les catégories hiérarchiques prévues par les dispositions de l'article 29 de la loi du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique d'État ; que, cependant, compte tenu notamment de son niveau de recrutement et des missions dévolues à ses membres, le corps des officiers de gendarmerie doit, pour l'application des règles régissant le détachement des fonctionnaires dans les autres corps de la fonction publique, être assimilé à un corps relevant de la catégorie A, identique à celle du corps des magistrats des chambres régionales des comptes ; (...) Considérant, par ailleurs, qu'au regard tant des conditions de leur recrutement, à titre principal par concours à l'issue d'un cursus d'études supérieures au moins de niveau master, que du niveau des missions qui leur sont confiées, le corps des officiers de gendarmerie, qui constitue l'encadrement supérieur de la gendarmerie nationale, doit être regardé comme étant de "niveau comparable" à celui des magistrats des chambres régionales des comptes pour l'application des dispositions de l'article L. 212-5 du code des juridictions financières, sans que ces dernières, qui prévoient que la comparaison se fait entre corps ou cadres d'emplois, permettent de réserver le bénéfice du détachement aux officiers de gendarmerie ayant atteint un grade donné »

(CE, 25 juin 2014, *Syndicat des juridictions financières*, n° 365207, Rec.)

« Considérant (...) qu'il résulte de ces dispositions que l'administration est tenue de proposer au fonctionnaire son intégration dans le corps ou le cadre d'emplois dans lequel il est détaché à l'expiration d'une période continue de cinq ans, sans attendre la fin de la période de son détachement »

(CE, 19 septembre 2014, *M. A...B...*, n° 371098, Rec.)





Commentaire

Le détachement a pour objet de permettre à un fonctionnaire d'exercer son activité hors de son corps ou de son cadre d'emplois

Le fonctionnaire est titulaire d'un grade qui s'inscrit au sein d'un corps ou d'un cadre d'emplois et qui lui donne vocation à occuper une certaine catégorie d'emplois. Lorsqu'il souhaite occuper un poste que son corps ou cadre d'emplois ne lui donne pas vocation à occuper, un fonctionnaire doit suivre la voie du détachement dans le corps ou le cadre d'emplois dont relève l'emploi pour pouvoir y être affecté. *A contrario*, si l'emploi sur lequel doit être affecté un fonctionnaire est au nombre des emplois que son grade donne vocation à occuper, sa nomination ne relève pas de la procédure de détachement mais de celle de la mutation (CE, 28 juillet 1995, *Département de la Loire*, n° 118716, Rec.).

Si, par principe, un fonctionnaire ne peut être placé en détachement que sur sa demande, la loi prévoit

Les détachements sont possibles sans restriction entre corps et cadres d'emplois de même catégorie et dont les niveaux de recrutement, de missions et de responsabilité sont comparables⁹

Avec les lois n° 2009-972 du 3 août 2009 et n° 2012-347 du 12 mars 2012, le législateur a souhaité notamment favoriser la mobilité. Les détachements ont donc été facilités par l'instauration de règles harmonisées et simplifiées.

Les premier et deuxième alinéas de l'article 13 *bis* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 disposent ainsi que tous les corps et cadres d'emplois sont accessibles aux fonctionnaires civils par la voie du détachement, qui s'effectue entre corps et cadres d'emplois de la même catégorie et de niveau comparable. L'article 13 *ter* de la même loi ouvre, par la voie du détachement, tous les corps et cadres de la fonction publique civile aux militaires¹¹. L'article 13 *quater* introduit toutefois une réserve en excluant du champ de ces deux articles les corps qui comportent des attributions d'ordre juridictionnel, c'est-à-dire les corps des membres du Conseil d'État ainsi que les magistrats administratifs et les magistrats financiers¹². Le détachement dans ces corps est prévu par des dispositions particulières, souvent identiques à celles prévues pour le reste de la fonction publique civile.

L'administration d'origine ne peut refuser à un fonctionnaire une demande de détachement qu'en raison de motifs tirés des nécessités du service, ou d'un avis d'incompatibilité rendu par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (art. 14 *bis*). Lorsque le détachement est de droit¹³, l'administration a compétence liée pour accorder le détachement, sous réserve de s'assurer que les conditions

limitativement certains cas où il peut être placé *d'office* dans cette position : tel est le cas, par exemple, du détachement provisoire prévu à l'article 30 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. De même, l'article 76 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 prévoit, à l'article 15 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, qu'en cas de transfert d'une activité d'une personne morale de droit public à un établissement public gérant un service industriel et commercial ou à une personne morale de droit privé, les fonctionnaires pourront être détachés *d'office*, sur un contrat de travail à durée indéterminée.

Le détachement ne peut intervenir que sur des emplois appartenant aux administrations ou organismes d'accueil listés par dispositions réglementaires⁹.

subordonnant un tel détachement sont satisfaites par celui qui en fait la demande.

Si le détachement est désormais largement ouvert, il implique cependant qu'il soit effectué dans un corps ou cadre d'emplois comparable à celui auquel appartient le fonctionnaire. Le Conseil d'État a précisé la méthode et les critères pertinents pour apprécier les notions de « *corps et cadres d'emplois de même catégorie et de niveau comparable* » (CE, 25 juin 2014, *Syndicat des juridictions financières*, n° 365207, Rec.).

Était attaqué le décret autorisant le détachement d'un capitaine de gendarmerie dans le corps des magistrats de chambre régionale des comptes, au motif que ce corps ainsi que celui des officiers de gendarmerie auquel appartenait le requérant n'étaient pas des corps de même catégorie ni de niveau comparable. Les corps militaires n'étant pas classés en catégories A, B ou C à l'instar des corps de la fonction publique, le Conseil d'État a indiqué la méthode permettant d'en apprécier le caractère comparable ou non. Il juge ainsi que « *le corps des officiers de gendarmerie doit (...), compte tenu notamment de son niveau de recrutement et des missions dévolues à ses membres, être assimilé, pour l'application des règles régissant le détachement des fonctionnaires dans les autres corps de la fonction publique, à un corps relevant de la catégorie A, identique à celle du corps des magistrats des chambres régionales des comptes* ». La

9 Pour la fonction publique de l'État : art. 14 du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 ; pour la fonction publique territoriale : art. 2 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 13 du décret n° 88-976 du 13 octobre 1988.

10 Par dérogation à ces principes, l'article 93 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 prévoit la mise en place, à titre expérimental, d'une procédure ad hoc en vue de favoriser l'accès des fonctionnaires en situation de handicap à un corps ou cadre d'emplois de niveau supérieur ou de catégorie supérieure par la voie du détachement.

11 Le décret d'application de l'article 13 *ter* concernant les militaires n'a jamais été pris.

12 Les magistrats de l'ordre judiciaire ne relèvent pas du titre I^{er} du statut général des fonctionnaires, leurs corps sont exclus du champ de l'article 13 *bis*.

13 Le détachement est accordé de plein droit pour l'exercice d'un mandat syndical ou parlementaire, pour l'accomplissement d'un stage, pour la préparation à un concours ou pour le suivi d'une scolarité préalable à la titularisation dans un emploi public.



question du « niveau comparable » des corps d'origine et de détachement était plus difficile : le corps des officiers de gendarmerie comporte des grades allant de ceux d'officiers subalternes jusqu'à ceux d'officiers généraux, en passant par les grades intermédiaires d'officiers supérieurs. En revanche, les magistrats de chambres régionales des comptes sont au nombre des corps recrutant à la sortie de l'ENA.

Le Conseil d'État a donc procédé à une comparaison des modes et niveau de recrutement, du niveau des missions

ainsi que du positionnement du corps dans la hiérarchie de son administration (« encadrement supérieur ») pour en conclure que les deux corps sont de niveau comparable. Enfin, la décision écarte un raisonnement qui aurait consisté à n'estimer comparable que certains niveaux de grades au sein du corps, les grades d'officiers supérieurs et généraux. Aux termes de la loi, la comparaison se fait en effet entre corps ou cadres d'emplois, non entre grades, de sorte que le bénéfice du détachement est accordé ou refusé pour l'ensemble du corps.

Les détachements peuvent également intervenir sur des emplois qui n'ont pas vocation à être occupés par des fonctionnaires

Par principe, le détachement intervient sur des emplois ayant vocation à être occupés par des fonctionnaires (c'est-à-dire des emplois conduisant à pension du régime de retraite des fonctionnaires). Il peut néanmoins intervenir sur des emplois n'ouvrant pas à pension. Le détachement s'effectue alors par le biais d'un *contrat de droit public* ou de *droit privé*. Un tel détachement ne peut pas intervenir sur un emploi de l'administration dont relève le fonctionnaire (CE, 23 février 1966, *Dlle Brillé*, n° 64259, Rec.) car il ne doit pas avoir pour effet de contourner les règles normales d'avancement de son corps.

Le fonctionnaire détaché étant régi par les règles applicables à la fonction exercée, sa relation d'emploi avec son

employeur est de droit privé lorsque l'intéressé exerce ses fonctions dans un rapport de subordination vis-à-vis d'un organisme d'accueil présentant la qualité de personne morale de droit privé (Cass., Soc., 27 juin 2000, n° 97-43.536, Bull.). La situation du fonctionnaire relève alors du droit du travail. La rupture du contrat de travail sur lequel il est détaché n'ouvre cependant droit à aucune indemnité de licenciement (Cass., Soc., 31 mars 2009, n° 08-40.137, Bull.)¹⁴.

Que le contrat au titre duquel l'agent est placé en position de détachement soit à durée déterminée ou indéterminée, l'administration d'origine peut à tout moment mettre fin au détachement (CE, Sect., 24 juillet 1942, *Sieur Casanova*, Rec.).

Le détachement s'effectue suivant le principe de la double carrière (entre celle du corps d'origine et celle du corps d'accueil)

Le fonctionnaire détaché est classé dans un grade de son corps d'accueil équivalent à celui détenu dans son corps d'origine. Pour apprécier cette équivalence, le Conseil d'État tient compte non seulement de l'indice terminal des deux grades, mais aussi des éléments tels que, notamment, la place des grades dans les deux corps et leur échelonnement indiciaire (CE, 25 mai 2018, *M. B...*, n° 410972, T.).

Afin que la carrière d'un fonctionnaire détaché ne suive pas un déroulement moins défavorable que celle des autres fonctionnaires de son corps, l'article 4 de l'ordonnance n° 2017-543 du 13 avril 2017 a permis que l'avancement

de grade (mais non l'avancement d'échelon) obtenu dans son corps d'origine puisse être immédiatement pris en compte dans le grade du corps d'accueil sur lequel il est détaché¹⁵. Auparavant, un tel avancement n'était pris en compte qu'à la date de la réintégration du fonctionnaire détaché dans son corps d'origine ou du renouvellement de son détachement.

Pour la réintégration d'un fonctionnaire dans son corps d'origine à l'issue de son détachement, l'administration tient compte de son grade et de l'échelon atteint dans le corps d'accueil¹⁶.

Un fonctionnaire maintenu en détachement dans un corps ou un cadre d'emplois durant une période continue de cinq ans dispose d'un droit à l'intégration dans ce corps ou cadre d'emplois

La loi n° 2009-972 du 3 août 2009 prévoit que « le fonctionnaire détaché dans un corps ou cadre d'emplois qui est admis à poursuivre son détachement au-delà d'une période de cinq ans se voit proposer une intégration dans ce corps ou cadre d'emplois ». Une décision du Conseil d'État est venue clarifier l'application de ces dispositions (CE, 19 septembre 2014, *M. A...B...*, n° 371098, Rec.).

Un conseiller des tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel, détaché depuis cinq ans dans

le corps des administrateurs civils, avait ainsi demandé à son administration d'accueil d'être intégré dans ce corps. S'agissant de corps recrutant tous deux à la sortie de l'ENA, la question de la catégorie et du niveau comparable des corps ne se posait pas. En revanche, l'administration avait retenu une interprétation très restrictive de ces dispositions de la loi du 3 août 2009 et refusé l'intégration du magistrat administratif. Elle soutenait en effet que c'est au terme de la période de détachement dans laquelle l'agent avait dépassé les cinq années que l'administration d'accueil, si

¹⁴ Ces règles sont également prévues pour la fonction publique d'État, par l'article 45 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 66 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 52 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 ;

¹⁵ Pour la fonction publique d'État : art. 45 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 66 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 52 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

¹⁶ Pour la fonction publique d'État : art. 45 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 67 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 55 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.



elle proposait à l'agent de prolonger son détachement, était alors tenue de lui proposer en même temps son intégration dans le corps.

Le Conseil d'État a contredit cette interprétation en jugeant qu'à l'expiration des cinq ans dans le corps ou le cadre d'accueil en détachement, l'administration doit proposer l'intégration qui est de droit si le fonctionnaire l'accepte. L'intention du législateur était, en effet, de favoriser les

mouvements des fonctionnaires entre corps et cadres d'emplois, que ces mouvements soient temporaires (détachement) ou pérennes (intégration). Une administration qui accepte un fonctionnaire en détachement pendant cinq ans reconnaît par là même qu'il est apte aux fonctions dans lesquelles il est détaché et qu'il est, par suite, intégrable. Il appartient à l'administration de proposer cette intégration. Si elle ne le fait pas, le fonctionnaire peut, bien sûr, la solliciter et l'administration est tenue de la lui accorder.

Au terme de son détachement, le fonctionnaire a droit à être réintégré dans un emploi correspondant à son grade

Le détachement cesse à son terme ou, de manière anticipée, à la demande de l'administration d'accueil ou de l'intéressé. Si l'administration d'origine est seule compétente pour réintégrer un fonctionnaire détaché, elle a compétence liée pour le réintégrer à la demande de l'administration d'accueil ou de l'intéressé (CE, 21 octobre 2016, *Région Auvergne*, n° 380433, Rec.).

Le fonctionnaire dont le détachement cesse, est réintégré dans son corps d'origine, c'est-à-dire qu'il est placé en position d'activité dans ce corps, ce qui lui donne droit à obtenir de l'administration une affectation correspondant à son grade dans un délai raisonnable. Les contraintes qui pèsent sur l'administration pour lui désigner une affectation varient selon le motif du détachement, sa durée et l'événement qui y met fin. Suivant les statuts, la réintégration peut se faire :

- dans l'emploi d'origine (ex. détachement de courte durée, c'est-à-dire inférieure à une durée de six mois) ;
- dans un emploi en surnombre (ex. dans la fonction publique d'État : détachement de droit commun avec demande régulière de réintégration) ;
- à la première vacance (ex. dans la fonction publique d'État : détachement interrompu à l'initiative de l'administration d'accueil) ;
- à l'une des trois premières vacances (ex. dans la fonction publique d'État : détachement interrompu à l'initiative du fonctionnaire détaché) ;
- avec simple principe de réaffectation (ex. dans les fonctions publiques d'État et territoriale : refus de poste par le fonctionnaire réintégré).

Dans le cas d'une réintégration en surnombre, le fonctionnaire a droit à son traitement à compter de la date d'expiration de son détachement sans que l'administration ne puisse lui opposer l'absence de service fait (CE, Sect., 28 février 1964, *Sieur Nadau*, Rec. ; CE, 13 février 1974, *Ministre de l'éducation nationale c/ Dame Hovelacque*, n° 88546, T. ; CE, 25 juillet 1975, *Sieur Mazeau*, n° 95717, T. ; JRCE, 12 décembre 2001, *Mme X...*, n° 239168, T.) (cf. la fiche n° 22 « Le droit à la rémunération et la règle du service fait »).

Pour réintégrer un fonctionnaire détaché, l'administration peut soustraire un emploi vacant qu'elle comptait initialement pourvoir par la voie de la mutation, du détachement ou du concours. Cependant, cette faculté n'est envisageable que si le concours n'a pas débuté

et, dans l'hypothèse où il était initialement prévu de pourvoir le poste par voie de mutation ou de détachement, l'administration est tenue d'examiner toutes les candidatures déjà présentées pour ce poste en tenant compte, le cas échéant, des priorités légales dont certains fonctionnaires se prévaudraient et de la situation familiale du fonctionnaire qui sollicite sa réintégration (CE, Sect., 23 novembre 2005, *Mme Baux*, n° 285601, Rec.).

Le fonctionnaire peut, dans certains cas, être placé en disponibilité d'office lorsque son administration d'origine ne dispose d'aucun emploi vacant pour le réintégrer – tel est le cas :

- pour un fonctionnaire d'État, lorsque son détachement est interrompu de manière anticipée par l'intéressé (CE, 21 octobre 2016, *Région Auvergne*, n° 380433, Rec.), jusqu'à ce que sa réintégration intervienne dans l'une des trois premières vacances ;
- pour un fonctionnaire territorial, lorsque son détachement est interrompu de manière anticipée par l'intéressé, jusqu'à l'échéance de la date prévue de l'expiration de son détachement, après quoi il est maintenu en surnombre pendant un an auprès de la collectivité dont il relève et, si au terme de cette période, celle-ci ne parvient pas à le réintégrer faute d'emploi vacant, il est pris en charge par le Centre national de gestion dans les conditions de l'article 97 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 (CE, 10 mars 1999, *M. André X...*, n° 167613, Rec.) ;
- pour un fonctionnaire hospitalier, lorsque son détachement parvient à son terme et que l'établissement d'origine de l'intéressé ne dispose d'aucun emploi vacant permettant de le réintégrer (CE, 17 novembre 2008, *Centre hospitalier intercommunal « Robert Ballanger »*, n° 306670, T.).

L'article 77 de la loi 2019-828 du 6 août 2019 a renforcé les conditions de fin de détachement des agents occupant des emplois fonctionnels de direction dans la fonction publique territoriale. Lorsqu'il est mis fin au détachement d'un fonctionnaire occupant un emploi fonctionnel et que la collectivité ou l'établissement ne peut lui offrir un emploi correspondant à son grade, celui-ci bénéficiera d'un délai de six mois pour trouver une nouvelle affectation, en mobilisant si besoin les moyens de la collectivité ou de l'établissement. En outre, un protocole pourra être conclu entre l'autorité territoriale et le fonctionnaire pour organiser cette période de transition, qui devra alors fixer les missions, la gestion du temps de travail, les moyens, la rémunération et les modalités de recherche d'emploi.



FICHE N° 46 :

La disponibilité

CE, Ass., 11 juillet 1975, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme X...*, n° 95293, Rec.
CE, 24 janvier 1990, *Centre hospitalier général de Montmorency*, n° 67078, Rec.



L'essentiel

La disponibilité constitue l'une quatre des positions statutaires (art. 12 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983). Le fonctionnaire en disponibilité n'étant plus en position d'activité au sein de son corps, il cesse en principe de bénéficier de ses droits à l'avancement et à la retraite. Pour autant, il ne perd pas sa qualité de fonctionnaire : il reste donc toujours soumis aux obligations qui s'attachent à cette qualité, notamment ses obligations déontologiques. Sur la demande de l'intéressé, son administration d'origine est tenue de le réintégrer en l'affectant à un poste correspondant à son grade.



Les mots du juge

« Considérant que parmi [les] règles fondamentales [du statut des fonctionnaires] figure le droit d'un fonctionnaire à être nommé dans un emploi vacant de son grade ; que le fonctionnaire titulaire régulièrement placé, sur sa demande, en position de disponibilité, n'a pas rompu le lien qui l'unit à son corps et a donc droit, à l'issue de cette disponibilité, à y être réintégré et pourvu d'un emploi par des mesures qui, lorsque les modalités n'en sont pas définies par les dispositions statutaires qui lui sont applicables, doivent intervenir dans un délai raisonnable ; que par suite, un membre titulaire d'un corps enseignant qui sollicite sa réintégration à l'issue d'une période de mise en disponibilité est en droit d'obtenir de l'État qu'il soit pourvu dans les conditions susindiquées, d'un emploi de sa qualification » (CE, Ass., 11 juillet 1975, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme X...*, n° 95293, Rec.)

« Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'à la date de la demande de Mme Y..., l'emploi qu'elle occupait avant sa mise en disponibilité était confié, à titre intérimaire, à un agent contractuel bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée ; qu'ainsi, dès lors que l'emploi n'était pas occupé par un agent titulaire ou stagiaire régulièrement nommé, ledit poste devait être regardé comme vacant ; que, par suite, Mme Y... était en droit d'être réintégrée sur ce poste, par application des dispositions précitées de l'article L. 878 du code de la santé publique » (CE, 24 janvier 1990, *Centre hospitalier général de Montmorency*, n° 67078, Rec.)



Commentaire

La mise en disponibilité met fin à l'activité de l'agent dans son corps, mais conserve toutefois un lien qui permet au fonctionnaire, le cas échéant, de réintégrer son corps

Par principe, la mise en disponibilité est prononcée sur demande du fonctionnaire. Dans certains cas, l'administration est tenue d'y faire droit (ex. : pour élever un enfant de moins de huit ans ou pour cause d'exercice d'un mandat d'élu local) ; tandis que dans d'autres (ex. : pour convenances personnelles ou pour créer ou reprendre

une entreprise), l'administration ne peut s'y opposer que pour deux motifs tirés des nécessités du service ou bien d'un avis d'incompatibilité rendu par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (art. 14 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983)¹⁷.

¹⁷ Sur les divers cas de disponibilité sur demande, respectivement dans la fonction publique d'État : art. 42 et suivants du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 ; dans la fonction publique territoriale : art. 18 et suivants du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 ; dans la fonction publique hospitalière : art. 31 et suivants du décret n° 88-976 du 13 octobre 1988.

Par exception, un fonctionnaire peut être placé en disponibilité *d'office* dans des cas limitativement prévus par la loi : à l'expiration des congés de maladie, de longue maladie ou de longue durée essentiellement, ainsi que dans certains autres cas spécifiques à chacune des trois fonctions publiques (ainsi, par exemple, dans la fonction publique hospitalière : pour un refus de trois postes successifs par un personnel de direction ou un directeur des soins placés en recherche d'affectation auprès du Centre national de gestion)¹⁸.

Le fonctionnaire en disponibilité n'est plus en position d'activité. À ce titre, il cesse de percevoir son traitement et de bénéficier des droits résultant de son appartenance à la fonction publique : avancement, droits à la retraite, mais aussi, par exemple, la faculté de se présenter à un concours interne de la fonction publique (CE, 18 novembre

1991, *Commune de Vénissieux*, n° 101209, Rec.). Il conserve toutefois un lien avec son corps d'appartenance : en effet, il n'est pas délié de ses obligations déontologiques.

Il faut noter que la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 permet désormais au fonctionnaire en disponibilité exerçant une activité professionnelle de conserver, pour une durée maximale de cinq ans, ses droits à l'avancement. Cette période est assimilée à des services effectifs dans le corps ou cadre d'emplois¹⁹. De même, à la suite du protocole d'accord relatif à l'égalité professionnelle dans la fonction publique du 30 novembre 2018, le législateur a prévu, à l'article 85 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019, que les droits à avancement et à promotion soient maintenus dans la limite d'une durée de cinq ans sur l'ensemble de la carrière en cas de disponibilité pour élever un enfant.

Le fonctionnaire bénéficie, au terme d'une période de disponibilité, d'un droit à être réintégré dans un délai raisonnable à un poste vacant correspondant à son grade

La fin de la disponibilité intervient soit au terme de la durée pour laquelle elle a été prononcée, soit de manière anticipée sur demande de l'intéressé. À l'instar du fonctionnaire en position d'activité dont l'affectation vient à son terme, le fonctionnaire bénéficie, à défaut de dispositions statutaires plus favorables, d'un droit à se voir affecter à un poste vacant correspondant à son grade dans un délai raisonnable. Sous l'empire du statut général de 1959, le Conseil d'État a pu indiquer qu'il s'agit là d'une règle statutaire fondamentale (CE, Ass., 11 juillet 1975, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme Saïd*, n° 95293, Rec. ; sous l'empire du statut général actuel : CE, 23 juillet 1993, *Mme X...*, n° 132655, T., CE, 17 novembre 1999, *Commune de Port-Saint-Louis-du-Rhône*, n° 188818, T. et CE, 12 mars 2012, *Hôpital Saint-Jean*, n° 332091, T.).

Le fonctionnaire régulièrement placé en situation de disponibilité ne progresse plus dans son corps, ne perçoit plus de traitement et ne bénéficie pas des droits à la retraite. Il n'a plus d'appartenance active au sein de son corps. Pourtant, il « n'a pas rompu le lien qui l'unit à son corps » : il est simplement mis en sommeil. Il est ainsi en droit de réintégrer son corps d'origine en présentant à son administration une demande trois mois avant le terme de sa disponibilité.

Cependant, les conditions de réintégration ne sont pas aussi favorables que celles qui suivent la fin d'un détachement ou d'un congé parental. Elles sont tantôt définies par la loi statutaire, tantôt par le décret relatif aux positions de la fonction publique à laquelle se rattache l'intéressé. Suivant la durée de la disponibilité, le motif pour lequel elle a été accordée ainsi que l'événement qui y a mis fin, la réintégration intervient :

- dans l'emploi d'origine (ex. : disponibilité de six semaines maximum pour motif de procédure d'adoption) ;
- avec maintien en surnombre (ex. : disponibilité pour raisons familiales dans la fonction publique territoriale) ;
- à la première vacance (ex. : disponibilité inférieure à trois ans dans la fonction publique hospitalière ou pour élever un enfant de moins de huit ans dans la fonction publique de l'État) ;
- à l'une des trois premières vacances (ex. : disponibilité pour convenance personnelle dans les fonctions publiques d'État et territoriale) ;
- ou encore sur le fondement d'un simple principe de réaffectation (ex. : disponibilité d'office dans les fonctions publiques de l'État et territoriale).

Est regardé comme vacant un poste occupé par un agent contractuel, qui peut ainsi être attribué à un fonctionnaire titulaire réintégré, l'administration étant cependant tenue de chercher à reclasser l'agent contractuel avant de pouvoir le licencier

L'administration est tenue de rechercher les postes vacants correspondant au grade de l'intéressé. La décision *Centre hospitalier général de Montmorency* apporte, à cet égard, des précisions utiles (CE, 24 janvier 1990, n° 67078, Rec.). Elle rappelle en effet qu'est regardé comme vacant un poste occupé par un agent qui n'a pas la qualité de fonctionnaire titulaire. Cette position est la conséquence du principe

statutaire selon lequel tous les emplois permanents à temps plein doivent normalement être occupés par des fonctionnaires. En l'espèce, le poste occupé précédemment par le fonctionnaire qui demandait sa réintégration était occupé par un agent en contrat à durée indéterminée. Il devait donc être regardé comme vacant et l'intéressée était en droit d'y être réintégrée.

¹⁸ Sur les divers cas de disponibilité, respectivement dans la fonction publique d'État : art. 43 du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 ; dans la fonction publique territoriale : art. 18 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 ; dans la fonction publique hospitalière : art. 29 et 30 du décret n° 88-976 du 13 octobre 1988.

¹⁹ Pour la fonction publique d'État : art. 51 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 72 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 62 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.



En outre, le fonctionnaire qui demande sa réintégration à l'issue d'une disponibilité dispose d'une priorité pour être réintégré dans son administration d'origine, à moins que n'y fassent obstacle une priorité instituée par un autre texte ou bien un motif tiré des nécessités du service (CE, 27 juillet 2005, *Mme Neil*, n° 264099, T.). N'est pas vacant : un emploi offert à la mutation, au détachement et au recrutement, quoique l'autorité administrative peut réviser la liste de ces postes pour faire droit à une demande de réintégration (CE, 25 mars 1987, *Mme Josseline X...*, n° 42836, Rec., CE, 4 février 2000, *M. X...*, n° 185726, T.; CE, 27 juillet 2005, *Mme Josette X...*, T.); ou bien encore un emploi occupé par un agent stagiaire qui a vocation à être titularisé dans l'emploi qu'il occupe (CE, 17 mars 1976, *Dlle X...*, n° 93864, T.).

Une jurisprudence récente a précisé les obligations de l'administration à l'égard de l'agent contractuel qui demande à être réintégré à l'issue d'un congé non rémunéré et qui se trouve, dans une telle situation, privé de son poste au profit d'un fonctionnaire titulaire. Par un avis de la Section du contentieux *Mme B...A...* (CE, Avis, Sect., 25 septembre 2013, n° 365139, Rec.), le Conseil d'État estime qu'en vertu d'un principe général du droit à l'origine tant des dispositions du code du travail que des règles fondamentales du statut de la fonction publique relatives au reclassement, l'administration est tenue, avant de pouvoir le licencier, de chercher à reclasser l'agent contractuel dont le poste se trouve ainsi attribué à un fonctionnaire titulaire.

L'administration peut, en revanche, licencier un fonctionnaire qui, mettant fin à sa période de disponibilité, refuse trois offres de postes valables

Si l'administration doit proposer au fonctionnaire qui réintègre son corps un poste correspondant à son grade, le fonctionnaire se trouve lui aussi soumis à certaines obligations. Des dispositions communes aux trois statuts prévoient ainsi que « *le fonctionnaire mis en disponibilité qui refuse successivement trois postes*

qui lui sont proposés en vue de sa réintégration peut être licencié après avis de la commission administrative paritaire »²⁰. Le statut de la fonction publique territoriale précise que les postes proposés doivent se trouver « *dans le ressort territorial de son cadre d'emplois, emploi ou corps* ».

Le fonctionnaire est tenu d'informer l'administration de ses intentions avant la fin de la période de mise en disponibilité

Parmi les obligations qui s'imposent au fonctionnaire en disponibilité figure la nécessité d'informer l'administration de sa demande de réintégration avant la fin de la période de mise en disponibilité, généralement deux ou trois mois avant.

Enfin, il doit être relevé que les fonctionnaires hospitaliers sont exposés à une règle plus sévère²¹ : ils peuvent être radiés des cadres si, dans le délai de deux mois avant l'expiration de leur disponibilité, ils omettent d'en demander le renouvellement ou de solliciter leur réintégration (CE, Sect., 4 mai 1990, *Centre hospitalier de Chauny*, n° 78786, Rec.).

Toutefois, la méconnaissance de cette obligation ne délie pas l'administration de son obligation de réintégrer l'intéressé sur un emploi vacant correspondant à son grade dans un délai raisonnable.

20 Pour la fonction publique d'État : art. 51 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 72 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 62 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

21 Art. 37 du décret n° 88-976 du 13 octobre 1988.



FICHE N° 47 :

Le congé parental

CE, 21 novembre 2007, *Mme Danièle A...*, n° 272388, T.



L'essentiel

Le congé parental constitue l'une quatre des positions statutaires (art. 12 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983). Le fonctionnaire qui n'a pas été réintégré à l'issue de son congé parental a droit à ce que sa carrière soit reconstituée à compter de la date à laquelle il aurait dû être réintégré.



Les mots du juge

« Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de la loi du 11 janvier 1984, *Mme Danièle A...*, disposait d'un droit à être réintégrée auquel l'administration ne pouvait faire obstacle ; que, par suite, la décision du ministre de l'éducation nationale refusant de prononcer sa réintégration doit être annulée ; (...) considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, d'enjoindre au ministre de l'éducation nationale d'une part, de prendre, dans les trois mois suivant la notification de la présente décision, une décision de réintégration, en tenant compte de la reconstitution de carrière de l'intéressée à compter du 8 septembre 2001, d'autre part, de procéder à l'examen de la demande de mutation de l'intéressée »

(CE, 21 novembre 2007, *Mme Danièle A...*, n° 272388, T.)



Commentaire

Le congé parental est une position par laquelle le fonctionnaire cesse temporairement ses fonctions pour élever son enfant. En principe, un congé parental ne peut se poursuivre au-delà du troisième anniversaire de l'enfant au titre duquel il est accordé ou à l'expiration d'un délai de trois ans à compter de l'arrivée au foyer de l'enfant de moins de trois ans. Le déroulement de la carrière du fonctionnaire étant interrompu, celui-ci n'acquiert dans cette position aucun droit à la retraite. Toutefois, il conserve ses droits à avancement dans une limite d'une durée de cinq ans pour l'ensemble de sa carrière, la période du congé parental étant assimilée à des services effectifs²².

Au terme du congé parental, l'administration est tenue de réintégrer le fonctionnaire, le cas échéant en surnombre, en l'affectant dans son ancien emploi ou, à défaut, dans un emploi le plus proche de son dernier lieu de travail²³.

À sa demande, il peut demander à être affecté dans un emploi le plus proche de son domicile afin d'assurer l'unité de la famille (CE, 29 octobre 1993, *Mme Zimmermann*, n° 123915, T.).

Les agents non-titulaires disposent de garanties équivalentes de réintégration (à propos des agents contractuels de l'État : CE, 10 juin 1998, *Mme Marie-Angèle X...*, n° 177817, T.²⁴). En tout état de cause, l'administration ne saurait légalement opposer à leur demande de réintégration un refus motivé par leur manière de service précédemment dans leurs fonctions (CE, 1^{er} octobre 1990, *Parc national du Mercantour c/ Mme X...*, n° 101366, Rec.).

Lorsqu'il annule un refus de réintégration, le juge peut enjoindre à l'administration de procéder à celle-ci puisqu'elle est de droit (CE, 21 novembre 2007, *Mme Danièle A...*,

²² En application de l'article 85 de la loi 2019-828 du 6 août 2019 et du protocole d'accord relatif à l'égalité professionnelle dans la fonction publique du 30 novembre 2018.

²³ Pour la fonction publique d'État : art. 54 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 75 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 64 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

²⁴ Cette solution peut être élargie aux agents contractuels des fonctions publiques territoriale et hospitalière qui, à l'instar de la fonction publique d'État, offre à leurs agents contractuels des garanties de protection sociale équivalentes à celles dont bénéficient les fonctionnaires.



n° 272388, T.). Il ordonne également la reconstitution de la carrière de l'agent prenant en compte la période durant laquelle il aurait dû être réintégré dans son corps. En effet, l'annulation pour excès de pouvoir a un caractère

rétroactif, l'acte annulé étant censé ne jamais avoir existé (cf. les fiches n° 59 « Les conséquences indemnitaires d'une éviction irrégulière » et 95 « L'annulation rétroactive et ses conséquences »).



FICHE N° 48 :

La mise à disposition

Cass, Ass. plén., 20 décembre 1996, *M. Y... c/ Alliance française*, n° 92-40.641, Bull. TC, 10 mars 1997, *Préfet de la région Alsace*, n° 03065, Rec.

CE, 18 mars 2005, *M. Michel X...*, n° 265143, T.

CE, 7 août 2007, *Territoire de la Polynésie française c/ M. Jean-Yves A...*, n° 281013, T.



L'essentiel

La mise à disposition est une modalité de la position d'activité par laquelle le fonctionnaire est affecté auprès d'une autre administration que celle dont il relève. Elle peut intervenir auprès d'une administration ou d'un établissement public à caractère administratif, mais aussi auprès d'un établissement public à caractère industriel et commercial ou d'un organisme de droit privé à condition, dans cette dernière hypothèse, que soit confiée au fonctionnaire mis à disposition une mission de service public et pour le seul exercice de ces missions. Quelle que soit la nature de l'organisme d'accueil, le fonctionnaire mis à disposition est soumis aux règles d'organisation et de fonctionnement du service où il sert, mais reste géré par son administration d'origine. Ainsi, les litiges nés de la relation entre le fonctionnaire et l'autorité à laquelle il est soumis dans le cadre de sa mise à disposition mettent en cause soit son administration d'origine, soit l'administration ou l'organisme d'accueil, selon qu'ils concernent les actes liés à sa gestion administrative par son administration ou les actes mettant en cause le travail qu'il effectue pour le compte de la structure d'accueil ou les règles d'organisation et de fonctionnement de cette structure. Ces actes pouvant être régis par des normes de droit privé, le juge judiciaire est alors compétent pour en connaître.



Les mots du juge

« Attendu que le fonctionnaire mis à la disposition d'un organisme de droit privé et qui accomplit un travail pour le compte de celui-ci dans un rapport de subordination se trouve lié à cet organisme par un contrat de travail »

(Cass, Ass. plén., 20 décembre 1996, *M. Y... c/ Alliance française*, n° 92-40.641, Bull.)

« Considérant que nonobstant le fait que Mme X ait, dans la situation de mise à disposition, continué à dépendre de la communauté urbaine de Strasbourg et à percevoir son traitement de fonctionnaire territorial, le contrat qui l'unissait au centre européen de développement régional est un contrat de droit privé ; qu'il en résulte que la demande fondée sur les stipulations de ce contrat relève de la compétence du juge judiciaire ; qu'ainsi c'est à tort que le conflit a été élevé »

(TC, 10 mars 1997, *Préfet de la région Alsace*, n° 03065, Rec.)

« Considérant que si M. Michel X..., a, dans la situation de mise à disposition, continué à dépendre de l'État et à percevoir son traitement de fonctionnaire, le litige qui l'oppose à l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) au sujet du reversement, à son bénéficiaire direct, des sommes que cette dernière a reçues de la Communauté européenne pour la prise en charge des coûts résultant du temps de travail qu'il a consacré à ce projet n'intéresse que les rapports entre le requérant et l'organisme auprès duquel il avait été mis à disposition, lesquels, alors même qu'il ne ressort pas des pièces du dossier qu'un contrat écrit ou verbal aurait été conclu par les deux parties, sont de droit privé dès lors que l'ADEME a, en vertu de l'article L. 131-3 du code de l'environnement, le statut d'établissement public à caractère industriel et commercial ; que, par suite, la demande de M. Michel X... tendant à la condamnation de l'ADEME à lui verser les sommes qu'il estime lui être dues par cet établissement ressortit aux tribunaux de l'ordre judiciaire »

(CE, 18 mars 2005, *M. Michel X...*, n° 265143, T.)



« Considérant qu'aux termes de l'article 41 de la loi du 11 janvier 1984, dans sa rédaction applicable à la date de la décision attaquée : "La mise à disposition est la situation du fonctionnaire qui demeure dans son corps d'origine, est réputé occuper son emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante, mais qui effectue son service dans une autre administration que la sienne (...)"; qu'il en résulte que le dossier administratif d'un fonctionnaire mis à disposition d'une autre administration demeure placé exclusivement sous l'autorité de l'administration d'origine et est géré par cette dernière » (CE, 7 août 2007, Territoire de la Polynésie française c/ M. Jean-Yves A..., n° 281013, T.)



Commentaire

La mise à disposition est, aux termes de dispositions identiques aux trois fonctions publiques, la situation du fonctionnaire qui demeure dans son corps d'origine, est réputé occuper son emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante, mais qui exerce des fonctions hors du service où il a vocation à servir²⁵. Elle ne peut survenir qu'avec l'accord du fonctionnaire et dans le cadre d'une convention entre l'administration d'origine et l'organisme d'accueil. Son champ est largement défini, puisque la mise à disposition est envisageable auprès de toutes les personnes publiques, ainsi qu'auprès des organismes privés concourant à la mise en œuvre d'une politique publique, États étrangers et organisations internationales.

L'administration d'origine reste chargée de la gestion du dossier administratif du fonctionnaire mis à disposition et peut mettre fin à la mise à disposition dans l'intérêt du service

Les dispositions législatives prévoient que le fonctionnaire mis à disposition est réputé demeurer dans son corps d'origine et occuper son emploi. L'autorité compétente pour la gestion de son dossier administratif reste donc l'administration d'origine de ce fonctionnaire et non son service d'accueil (CE, 7 août 2007, Territoire de la Polynésie française c/ M. Jean-Yves A..., n° 281013, T.).

L'administration d'origine peut mettre un terme à la mise à disposition d'un fonctionnaire si des motifs tirés du

La principale difficulté qui résulte des modalités particulières de cette position résulte de ce que le fonctionnaire demeure dans son corps d'origine, mais qu'il est soumis aux règles d'organisation et de fonctionnement du service ou de l'organisme auprès duquel il est mis à disposition, cet organisme pouvant, en outre, être de droit privé ou exercer des activités à caractère industriel et commercial. Se posent donc des questions non seulement de compétence entre administrations pour l'exercice de certains actes de gestion, mais aussi de compétence du juge administratif pour connaître de litiges mettant en cause des normes de droit privé.

service le justifient, peu importe d'ailleurs qu'ils soient invoqués par l'administration d'origine ou l'administration d'accueil (CE, 23 juin 1993, Mme Muriel Y..., n° 99047, T. : cas dans lequel l'administration d'accueil demande à l'administration d'origine de mettre un terme à la mise à disposition). Lorsqu'il est envisagé de mettre fin à la mise à disposition pour des raisons relatives au fonctionnaire lui-même, celui-ci doit être mis à même de demander la communication de son dossier comme pour toute mesure prise en considération de la personne (CE, 1^{er} mars 1996, M. Pierre X..., n° 117481, T.).

Le contentieux lié à l'absence de renouvellement de la mise à disposition par un organisme d'accueil de droit privé relève de la compétence du juge judiciaire

La question se pose également de savoir si le contentieux né de la décision de mettre fin à la mise à disposition d'un fonctionnaire au sein d'un organisme de droit privé relève du juge administratif ou du juge judiciaire, compétent en matière de droit du travail. La Cour de cassation en assemblée plénière (Cass., Ass. plén., 20 décembre 1996, M. Y... c/ Alliance française, n° 92-40641, Bull.), confirmée ensuite par un jugement du Tribunal des conflits (TC, 10 mars 1997, Préfet de la région Alsace, n° 03065, Rec.), a reconnu la compétence du juge judiciaire. Elle juge en effet que le fonctionnaire mis à disposition, dès lors qu'il se trouve dans une situation de subordination hiérarchique avec l'organisme d'accueil et qu'il travaille pour le compte de ce dernier, se trouvait lié à cet organisme par un contrat de travail. Un contentieux relatif à la rupture d'un tel

contrat de droit privé ressortit à la compétence du juge judiciaire. Notons que, dans les deux affaires jugées par la Cour de cassation et le Tribunal des conflits, les intéressés bénéficiaient, soit d'un contrat en bonne et due forme, soit, dans les deux cas, d'une rémunération complétant le traitement qu'ils recevaient de leur administration. Toutefois, cette circonstance n'apparaît pas dans la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation et il est vraisemblable que le juge judiciaire est toujours compétent pour juger de la décision de l'organisme d'accueil de droit privé refusant de renouveler la mise à disposition d'un fonctionnaire.

Suivant un raisonnement comparable, le Conseil d'État a jugé que le litige portant sur les rémunérations accessoires qu'un fonctionnaire mis à la disposition d'un établissement

²⁵ Pour la fonction publique d'État : art. 41 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 61 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 48 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

public industriel et commercial estime lui être dues par ce dernier n'intéresse que des rapports de droit privé et ne relève pas, dès lors, de la compétence du juge administratif. (CE, 18 mars 2005, *M. Michel X...*, n° 265143, T.).

Lorsque cesse la mise à disposition d'un fonctionnaire, l'administration d'origine est tenue de l'affecter dans un délai raisonnable sur un emploi correspondant à son grade.



FICHE N° 49 :

La mutation et ses conséquences sur la situation individuelle du fonctionnaire

CE, Sect., 23 novembre 2005, Mme Anne A..., n° 285601, Rec. CE, 2 février 2011, *Ministre de l'intérieur c/ M. B...A...*, n° 326768, T.

CE, 4 avril 2001, *M. Max Y... et autres*, n° 163087, Rec.



L'essentiel

La mutation d'un fonctionnaire correspond au changement d'affectation sur l'un des postes que son grade lui donne vocation à occuper. Si elle survient généralement à la demande du fonctionnaire, elle peut être prononcée d'office dans l'intérêt du service. Elle est décidée en fonction de différents critères prenant en compte le bon fonctionnement de l'administration mais aussi les demandes formulées par l'intéressé et la situation personnelle des agents.



Les mots du juge

« Considérant (...) que l'affectation d'un fonctionnaire décidée, après sa réintégration à l'expiration d'un détachement, sur un emploi du corps auquel il appartient ne constitue pas une mutation ; (...) Considérant que le bénéfice de la priorité qu'instaurent les dispositions de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 en faveur des fonctionnaires séparés de leur conjoint pour des raisons professionnelles ne s'applique qu'aux fonctionnaires ayant sollicité leur mutation, sous réserve de dispositions particulières en étendant le bénéfice aux agents réintégré dans leur corps d'origine après avoir été placés dans certaines positions statutaires, parmi lesquelles ne figure pas le détachement ; Considérant que, sauf texte contraire en disposant autrement pour certains corps, l'administration peut pourvoir un poste vacant selon la voie -concours, mutation, détachement, affectation après réintégration- qu'elle détermine ; que, lorsque, dans le cadre d'un mouvement de mutation, un poste a été déclaré vacant, et que, comme elle le peut, l'administration envisage de le pourvoir par une affectation après réintégration, alors que des agents se sont portés candidats dans le cadre du mouvement, elle doit toutefois comparer l'ensemble des candidatures dont elle est saisie, au titre des mutations comme des affectations après réintégration, en fonction, d'une part, de l'intérêt du service, d'autre part, si celle-ci est invoquée, de la situation de famille des intéressés appréciée, pour ce qui concerne les agents qui demandent leur mutation, compte tenu des priorités fixées par les dispositions citées ci-dessus de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 » (CE, Sect., 23 novembre 2005, *Mme Baux*, n° 285601, Rec.)

« Considérant que, pour apprécier si une mutation porte une atteinte disproportionnée au droit d'un fonctionnaire au respect de sa vie privée et familiale, au sens de ces stipulations, il appartient au juge administratif de prendre en compte non seulement les conséquences de cette décision sur la situation personnelle ou familiale de l'intéressé mais aussi le statut de celui-ci et les conditions de service propres à l'exercice des fonctions découlant de ce statut » (CE, 2 février 2011, *Ministre de l'intérieur c/ M. B...A...*, n° 326768, T.)

« Considérant qu'en l'absence de toute disposition légale définissant la résidence administrative pour l'application de l'article 60 précité, il appartient au ministre, en sa qualité de chef de service, de déterminer, sous le contrôle du juge, les limites géographiques de la résidence administrative ; que si la résidence administrative s'entend en général de la commune où se trouve le service auquel est affecté l'agent, il en va différemment dans le cas où l'activité du service est organisée sur plusieurs communes, comme en l'espèce s'agissant de la zone du port autonome de Rouen ; que, dans cette hypothèse, il incombe au ministre, sous le contrôle du juge, d'indiquer à ses services quelles communes constituent une résidence administrative unique au sens de l'article 60 ; » (CE, 4 avril 2001, *M. Max Y... et autres*, n° 163087, Rec.)





Commentaire

La mutation est un changement d'affectation du fonctionnaire.

La question de savoir si un changement de poste a le caractère d'une mutation n'est pas sans incidence. Le changement de poste d'un fonctionnaire, qui occupe un poste en position d'activité, pour occuper un autre emploi auquel son grade lui donne vocation doit être prononcé par voie de mutation, avec les conséquences juridiques qui s'attachent à ce régime, et non par détachement ou mise à disposition (CE, 28 juillet 1995, *Département de la Loire*, n° 118716, Rec. ; cf. la fiche n° 45 « Le détachement »).

A *contrario*, la première affectation d'un fonctionnaire nouvellement recruté, l'affectation d'un fonctionnaire bénéficiant d'une promotion de grade, tant par voie d'avancement que par celle de l'examen professionnel (CE, Sect., 8 mai 1981, *M. Auguste X...*, n° 15098, Rec. ; CE, 5 novembre 1984, *M. Yves Y...*, n° 44411, T. ; CE, 19 juin 1996, *M. Jean-Yves X...*, n° 150498, T.) ou la réintégration d'un fonctionnaire détaché (CE, Sect., 23 novembre 2005, *Mme Anne A...*, n° 285601, Rec.) n'ont pas le caractère d'une mutation. Il est à préciser, néanmoins, que cette distinction s'estompe par le fait même que le Conseil d'État impose à l'administration de prendre en compte, dans la mesure où l'intérêt du service n'y ait pas obstacle, la situation familiale des fonctionnaires recevant une nouvelle affectation par suite d'une promotion de grade (CE, 9 avril 2010, *Ministre de la défense c/ Mme A...*, n° 328922, T.). Il n'interdit pas, non plus, à l'administration de tenir compte de la situation familiale d'un fonctionnaire détaché sollicitant sa réintégration (CE, Sect., 23 novembre 2005, *Mme Anne A...*, n° 285601, Rec.).

Ces distinctions s'estompent encore davantage depuis la loi n° 2019-828 du 6 août 2019. Avant cette loi, en effet, la mutation donnait lieu à consultation de la commission administrative paritaire : il était donc important de déterminer si l'affectation procédait d'une mutation ou d'un autre procédé pour déterminer la procédure applicable. La loi du 6 août 2019 a redéfini les compétences des commissions administratives paritaires (CAP), en supprimant leurs compétences en matière de mutation et de mobilité à compter du 1er janvier 2020 et en matière d'avancement et de promotion dès le 1er janvier 2021 pour les trois versants de la fonction publique. Pour compenser l'absence d'examen des

mutations par les représentants du personnel, la loi a prévu la création de lignes directrices de gestion (LDG) (v. décret n° 2019-1265 du 29 novembre 2019). Les décisions de mutation devront tenir compte de ces lignes directrices qui fixeront les orientations générales en matière de mutation et de mobilité dans la fonction publique de l'État. Enfin, la même loi prévoit également, à titre de garantie, que les fonctionnaires puissent choisir un représentant désigné par l'organisation syndicale représentative de leur choix pour les assister dans l'exercice des recours administratifs contre les décisions individuelles défavorables en matière de mutation²⁶.

Lorsqu'un poste est créé ou vacant, l'administration a le choix de la personne qu'elle va y nommer, qu'elle que soit la forme juridique que requerra la nomination : mutation, détachement, mise à disposition, concours... Dans tous les cas, l'administration doit d'abord, en principe, procéder à la publication du poste (CE, 14 mars 1997, *Département des Alpes-Maritimes*, n° 143800, Rec. ; CE, 2 mars 2010, *Mme Colette A...*, n° 334043, T.)²⁷. La méconnaissance de cette formalité entraîne l'illégalité de la nomination sur le poste correspondant (CE, 27 novembre 1996, *M. Jean X...*, n° 139760, T.).

L'administration doit ensuite toujours examiner l'ensemble des candidatures dont elle est saisie à la suite de la publication de vacance (CE, Sect., 23 novembre 2005, *Mme Anne A...*, n° 285601, Rec.). En revanche, l'intérêt du service peut, dans son choix, la conduire à tenir compte du mode de recrutement qui a une incidence sur la gestion des effectifs du corps (mutation, réintégration, détachement, recrutement par voie de concours).

L'administration doit également apprécier les différentes candidatures selon les critères propres à chacune de ces voies. Ainsi, par exemple, l'administration est tenue de prendre en compte la priorité reconnue aux demandes motivées par le rapprochement de conjoints pour les fonctionnaires candidats au titre de la mutation. Si elle peut également tenir compte de la situation de famille d'un fonctionnaire demandant à être réintégré dans son corps d'origine à l'issue d'un détachement, il ne s'agit là que d'une faculté, à moins qu'un texte spécial ne le lui impose.

A le caractère d'une mutation un changement d'affectation qui comporte un changement de résidence ou une modification sensible de la situation du fonctionnaire

Au *sens large*, une mutation désigne tout changement d'affectation par lequel un fonctionnaire reste en position d'activité à l'intérieur de son corps.

Au *sens strict*, une mutation désigne spécialement un changement d'affectation dont les effets sur la situation personnelle du fonctionnaire sont d'une importance telle

²⁶ Le décret n° 2019-1265 du 29 novembre 2019 définit aux articles 30, 33 et 34 la représentativité des organisations syndicales pour chacun des versants.

²⁷ Pour la fonction publique d'État : art. 61 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 41 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 36 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986. Cette publicité doit désormais intervenir sur un portail numérique commun aux trois versants de la fonction publique (décret n° 2018-1351 du 28 décembre 2018).



qu'ils justifient que cette mesure puisse faire l'objet d'un recours contentieux. Dans le cas contraire, le changement d'affectation sera qualifié de *mesure d'ordre intérieur* (cf. la fiche n° 93 « Les mesures d'ordre intérieur »), ce qui implique qu'il est insusceptible de recours contentieux.

Présente ainsi le caractère d'une mutation les changements d'affectation :

- qui emporte une perte de responsabilités, en particulier si le fonctionnaire demeure dans le même service (CE, 21 juillet 1970, *Ministre d'État chargé des affaires culturelles c/ Dame Gille*, n° 74921, Rec. ; CE, 27 novembre 1970, *Mlle X...*, n° 78204, T. ; CE, 4 mars 1983, *Ministre de la jeunesse, des sports et des loisirs c/ M. X...*, n° 23713, T. ; décision du même jour, *Ministre de la jeunesse, des sports et des loisirs c/ Mlle X...*, n° 23715, T. ; CE, 18 décembre 1991, *Ministre de l'économie c/ M. Y...*, n° 96890, T.) ;
- qui emporte un changement de résidence administrative, y compris lorsque la nouvelle affectation oblige le fonctionnaire à quitter son logement de fonction tout en demeurant en exercice dans la même ville (CE, 20 juin 1969, *Mlle X...*, n° 74637, T. ; CE, 5 janvier 1979, *M. X...*, n° 06635, T. ; CE, 23 mars 1979, *Ministre du travail c/ M. X...*, n° 05355, T.). En l'absence de toute disposition légale définissant la résidence administrative, il appartient au chef de service de déterminer les limites géographiques de la résidence administrative (CE, 4 avril 2001, *M. Y... et autres*, n° 163087, Rec.) ;
- ou qui emporte une incidence pécuniaire du fait, notamment, d'une diminution de rémunération (CE, 25 septembre 1995 *M. Y...*, T. ; CE, 4 fév 2011, *Mme Marie*

Noëlle A..., n° 335098, Rec.), de la perte d'une indemnité (CE, 4 février 2011, *Mme Marie Noëlle A...*, n° 335098, T.) ou de certains avantages comme un logement de fonction (CE, 22 mai 1981, *Cne de Chennevières-sur-Marne*, n° 17330, T.).

Les simples *changements d'affectation*, qui n'ont pas le caractère d'une mutation et sont insusceptibles de recours, sont ceux qui ne comportent aucune modification substantielle dans la nature des fonctions, le niveau de responsabilité, la rémunération et la résidence administrative. Il s'agit alors, d'un point de vue contentieux, de mesures d'ordre intérieur, prise pour l'organisation du service, qui ne sont pas susceptibles de recours (CE, 4 janv. 1946, *Sieur Amiel*, p. 2 ; CE 23 nov. 1951, *Hartmann*, p. 548), y compris s'il y a, par exemple, un changement de service au sein d'une direction. Il n'y a pas mutation lorsque l'intéressé est affecté dans un autre service de la même administration, sur des fonctions qui comportent les mêmes avantages et les mêmes garanties de carrières que ses fonctions précédentes (CE, 11 février 1976, *Dame X...*, n° 98216, T. ; CE, 13 mars 1985, *Mlle X...*, n° 48365, T. ; CE, 18 mars 1996, *M. Dominique X...*, n° 141089, T. CE, 9 juin 2010, *Mme Parvive X...*, n° 313322, aux T.). A l'intérieur d'un même service, la distinction entre changement d'affectation et modification du contenu d'un unique emploi budgétaire sur lequel le fonctionnaire est affecté peut d'ailleurs, parfois, être ténue et formelle.

Il faut ajouter que, par exception à ces principes, le juge accepte de connaître d'un changement d'emploi qui ne constitue en principe qu'un simple changement d'affectation s'il s'agit d'une mesure discriminatoire (CE, Sect., 25 septembre 2015, *Mme B...*, n° 372624, Rec.).

La décision de mutation d'un fonctionnaire prend en compte, outre l'intérêt du service, les demandes de l'intéressé et sa situation personnelle

La mutation est régie, pour la fonction publique d'État, par les dispositions de l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 et pour la fonction publique territoriale, par celles des articles 51 à 54 de la loi du 26 janvier 1984. Ces dispositions ont pour objet de fixer la procédure que doit respecter une décision de mutation, ainsi que les critères sur lesquels l'administration doit se fonder pour sélectionner les fonctionnaires candidats au poste. Celle-ci doit tenir compte, en premier lieu et obligatoirement, du *bon fonctionnement du service* (l'ancienneté du fonctionnaire muté dans le poste qu'il occupe est une considération qui fait partie du bon fonctionnement du service : CE, 11 juillet 1988, *Mme Marie...Y...*, n° 83642, T.). Elle doit prendre en considération, dans cet examen, les demandes des candidats, leurs motivations, et examiner l'ensemble des candidatures.

Elle peut ensuite prendre en compte la situation personnelle du candidat et notamment sa situation de famille.

Elle doit enfin conjuguer ces appréciations avec diverses priorités instituées par la loi (pour la fonction publique d'État : art. 60 à 62 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 41, 51, 52 et 54 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 32, 36 et 38 de la loi n° 86-33

du 9 janvier 1986). Ces priorités conduisent à examiner en premier la demande de mutation du fonctionnaire prioritaire, pour y faire droit si c'est l'intérêt du service. L'intérêt du service doit donc prévaloir.

En particulier, les fonctionnaires qui demandent leur mutation en vue de se rapprocher de leur conjoint avec lequel ils sont mariés ou pacsés.

Il existe d'autres priorités légales. Ainsi, pour les fonctionnaires d'Etat, sont également prioritaires ceux qui souffrent d'un handicap, qui ont exercé dans un quartier difficile, qui justifient d'un centre de leurs intérêts matériels et moraux outre-mer, ou encore dont l'emploi est supprimé et que leur service n'a pu réaffecter sur un emploi correspondant à leur grade (art. 60 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984) La récente loi n° 2019-828 du 6 août 2019 a réaffirmé les priorités légales d'affectation et a consacré également des *priorités supérieures en cas de restructuration* désormais définies à l'article 62 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984.

Enfin, dans le cadre des lignes directrice de gestion créées par cette même loi, l'autorité compétente peut, sans renoncer à son pouvoir d'appréciation, définir des critères supplémentaires établis à titre subsidiaire.



Les mutations interviennent au fil des demandes et besoins du service ou par tableaux périodiques de mutation.

Généralement, les mutations sont prononcées après chaque vacance de poste, au fil de l'eau, sans calendrier particulier.

Dans certaines administrations et services, les mutations peuvent être prononcées dans le cadre de tableaux périodiques de mutations : un ensemble de mouvements est prononcé simultanément par ces tableaux, qui interviennent à échéance régulière. Les changements d'emploi se font en principe selon ce calendrier. Une vacance intervenant entre les tableaux est régie par des systèmes de remplacement ou des règles propres à ces administrations. L'autorité compétente, qui est saisie d'un très grand nombre de demandes, parfois recensant

plusieurs vœux d'affectation, peut alors procéder à un classement préalable des demandes de mutation à l'aide d'un barème rendu public qui, selon le V de l'article 60 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 « *constitue une mesure préparatoire et ne se substitue pas à l'examen de la situation individuelle des agents* ».

La procédure de mutation, de même que les modalités d'établissement des tableaux périodique et leur durée de validité peuvent, être définies par l'autorité compétente pour procéder aux mouvements de mutation, sous réserve de ne porter aucune atteinte aux règles statutaires (CE, 5 juin 2002, *M. Jean-Louis X...*, n° 242901, T.).

Une mutation peut être prononcée d'office dans l'intérêt du service ou pour motifs disciplinaires

À moins que les intéressés ne bénéficient d'une garantie d'inamovibilité²⁸, des motifs tirés du bon fonctionnement du service peuvent conduire l'autorité compétente à prononcer une mutation *d'office*, c'est-à-dire à muter un fonctionnaire sans son consentement. Cette mutation doit être distinguée de celle qui, également d'office, est prononcée pour des *motifs disciplinaires* :

- soit qu'elle résulte de l'exécution d'une sanction prononcée au terme d'une procédure disciplinaire²⁹ ;
- soit qu'elle tende à maintenir en activité un agent qui, dans le cadre de poursuites pénales, est soumis à des obligations du contrôle judiciaire faisant obstacle à ce qu'il soit maintenu dans les fonctions qu'il occupe³⁰.

Une mutation d'office ne présente pas les caractères d'un simple changement unilatéral d'affectation. Elle implique pour l'intéressé la communication préalable du dossier individuel de l'intéressé, en vertu de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 (cf. la fiche n° 25 « Le droit d'accès au dossier »). Le fonctionnaire faisant l'objet d'un déplacement d'office doit être regardé comme ayant été mis à même de solliciter la communication de son dossier s'il a été préalablement informé de l'intention de l'administration de le muter dans l'intérêt du service, quand bien même le lieu de sa nouvelle affectation ne lui aurait pas alors été indiqué (CE, 8 novembre 2017, *La Poste*, n° 402103, T.).

Enfin, une mutation d'office ne doit pas traduire l'intention de l'administration d'infliger à l'intéressé une *sanction disciplinaire déguisée*. En effet, une pareille mesure serait illégale en tant qu'elle tendrait à contourner la procédure disciplinaire que la loi a établie comme garantie pour les fonctionnaires (cf. la fiche n° 55 « La procédure disciplinaire »). C'est pourquoi, la mutation d'office doit être *motivée par l'intérêt du service*, quand bien même des poursuites disciplinaires auraient été engagées de manière concomitante à l'encontre de l'intéressé (CE, 12 juin 2013,

M. B...A..., n° 361698, T.). En ce sens, ne constitue pas une sanction disciplinaire déguisée une mutation d'office motivée par :

- les difficultés relationnelles entre l'intéressé et plusieurs de ses collègues (CE, Sect., 25 septembre 2015, *Mme B...*, n° 372624, Rec., sur un autre point) ;
- les difficultés relationnelles entre l'intéressé et les services avec lesquels ses fonctions l'amènent à collaborer régulièrement (CE, 10 novembre 2004, *M. Richard X...*, n° 262506, T. sur un autre point) ;
- les difficultés relationnelles entre l'intéressé et des usagers (CE, 1^{er} décembre 1967, *Mlle X...*, n° 63562, T.) ;
- les prises d'opinion de l'intéressé sur des questions polémiques, lorsqu'elles sont de nature à susciter des réactions locales qui altèrent la neutralité du service public (CE, 6 octobre 1965, *M. X...*, n° 63261, Rec.) ;
- l'activité dangereuse de l'agent au regard de la sécurité et l'ordre publics (CE, Sect., 17 juin 1966, *Secrétaire d'État auprès du premier ministre chargé des affaires algériennes c/ M. X...*, n° 65869, Rec.) ;
- les dysfonctionnements du service auquel appartient l'intéressé (CE, 18 octobre 2006, n° 282013, Inédit) ;
- une suppression de poste consécutif à une réorganisation de service (CE, 8 décembre 1989, *Syndicat national des inspecteurs de la jeunesse, des sports et des loisirs et Mme X...*, n° 71493, T. sur un autre point).

Outre les exigences posées par le législateur, le Conseil d'État a explicitement jugé, pour les militaires et les policiers, que la décision de mutation d'un fonctionnaire ne doit pas avoir de conséquences disproportionnées sur leur droit au respect de leur vie privée et familiale au sens de

²⁸ Il en va ainsi des magistrats du siège qui, cependant, n'ont pas la qualité de fonctionnaire (art. 64 de la constitution du 4 octobre 1958), des juges administratifs (art. L. 231-3 du code de justice administrative) et des juges financiers (art. L. 120-1 et L. 220-1 du code des juridictions financières).

²⁹ Art. 66 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984.

³⁰ Art. 30 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983.



l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le respect de ce droit s'apprécie toutefois en tenant compte des nécessités du service ainsi que des obligations inhérentes au statut de ces agents et des conditions de service propres à l'exercice de leurs fonctions (CE, 10 décembre 2003, *M.*

Paul X..., n° 235640, Rec. ; CE, 2 février 2011, *Ministre de l'intérieur c/M. B...A...*, n° 326768, T). Cette jurisprudence a probablement vocation à s'appliquer à tous les agents publics mais, dans la plupart des cas, l'application du cadre statutaire constitue un équilibre satisfaisant entre les besoins du service et la vie privée des agents.

Une mobilité réduite pour les agents contractuels de la fonction publique

Par comparaison, l'agent contractuel ne peut prétendre à une mutation ou se la voir imposer. À l'inverse du fonctionnaire dont le grade lui donne vocation à être affecté sur tout emploi dont les fonctions correspondent à son grade, celui-là exerce les seules fonctions stipulées à son contrat, c'est-à-dire celles pour lesquelles il est recruté. Ses fonctions ne peuvent être modifiées sans son consentement, à moins qu'il ne soit affecté sur un nouvel emploi qui implique des fonctions tout à fait similaires ou de même nature³¹.

Seuls les agents contractuels recrutés à *durée indéterminée* bénéficient essentiellement de trois dispositifs de mobilité :

- la *mise à disposition*, analogue à celle des fonctionnaires (cf. la fiche n° 48 « La mise à disposition ») ;

- le *congé de mobilité* qui peut être accordé sous réserve des nécessités de service, lorsque l'intéressé est recruté par une autre administration sur un contrat dont la durée

ne peut excéder six années. Un pareil congé ne peut, de nouveau, être accordé avant qu'une période de trois ans ne se soit écoulée depuis son dernier congé.

- la *portabilité du CDI entre les versants*, créée par l'article 71 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019, permet à un agent lié par un CDI à une administration de l'État ou à un établissement public de l'État, une commune, un département, une région, un établissement en relevant ou des établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux de bénéficier directement d'un CDI s'il est recruté par un employeur public relevant d'un autre versant. Cette portabilité ne vaut cependant pas conservation des stipulations du contrat, l'agent étant régi par les conditions d'emploi définies par son nouvel employeur.

Dans tous les autres cas, le changement d'emploi se traduira par un avenant au contrat ou un nouveau contrat, qui implique l'accord des deux parties.



³¹ Pour la fonction publique d'État : art. 41-4 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour la fonction publique territoriale : art. 39-4 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 45-4 du décret n° 91-155 du 6 février 1991.

FICHE N° 50 :

Le classement et reclassement

CE, 29 avril 2015, *Hôpitaux de Saint-Maurice*, n° 365 428, Inédit.



L'essentiel

Les décrets portant dispositions statutaires communes à plusieurs corps ou, à défaut, les décrets portant statuts particuliers prévoient des dispositions permettant de classer individuellement, au sein de la hiérarchie du corps ou du cadre d'emplois, tout nouveau membre du corps ou cadre d'emplois (lauréat d'un concours, d'un examen professionnel, agents inscrits sur une liste d'aptitude, agents détachés ou directement intégrés). Depuis la mise en œuvre du protocole du 25 janvier 2006 sur l'amélioration des carrières et l'évolution de l'action sociale dans la fonction publique, le classement intervient, sauf rares exceptions prévues par les statuts particuliers, à compter de la nomination dans le corps ou cadre d'emplois et non plus lors de la titularisation. Les modalités de prise en compte de certains services effectués antérieurement au classement ont fait l'objet de précisions jurisprudentielles et sont, pour certaines, prévues par des dispositions réglementaires³². Le pouvoir réglementaire peut également décider, afin de dynamiser la carrière des fonctionnaires concernés, de prendre des mesures collectives de revalorisation qui nécessitent des reclassements dans un corps ou cadre d'emplois. Dans ce cas, le juge administratif veille à ce que la mise en œuvre du reclassement ne conduise pas, en méconnaissance du principe d'égalité de traitement entre agents d'un même corps ou cadre d'emplois, à une inversion de l'ordre d'ancienneté entre les fonctionnaires reclassés du même corps ou cadre d'emplois.



Les mots du juge

« Considérant que, par l'effet de la bonification d'ancienneté qui leur a été accordée par les dispositions de l'article 19 du décret du 1er septembre 1989 modifié par le décret du 8 janvier 2002, et compte tenu des dispositions combinées des articles 12 et 13 du même décret relatives à la conservation de l'ancienneté lors de l'accès au grade supérieur, certains membres du corps, classés au 31 décembre 2001 au quatrième échelon de l'ancien grade de sage-femme et reclassés à compter du 1er janvier 2002 au quatrième échelon du nouveau grade de sage-femme de classe normale, ont pu ensuite accéder au grade de sage-femme de classe supérieure avec une ancienneté conservée supérieure à celle de leurs collègues qui, classés initialement au cinquième échelon de l'ancien grade de sage-femme, avaient été reclassés au premier échelon du grade de sage-femme de classe supérieure, cette ancienneté conservée leur permettant d'accéder plus rapidement aux échelons supérieurs ; qu'en jugeant qu'aucune circonstance exceptionnelle ne justifiait, dans l'intérêt du service, cette inversion de l'ordre d'ancienneté et en en déduisant qu'il était ainsi porté une atteinte illégale au principe de l'égalité de traitement des fonctionnaires d'un même corps, le tribunal administratif n'a pas commis d'erreur de droit. »

(CE, 29 avril 2015, *Hôpitaux de Saint-Maurice* n° 365 428, Inédit)

³² Pour illustration, cf. le décret n° 2006-1827 du 23 décembre 2006 relatif aux règles du classement d'échelon consécutif à la nomination dans certains corps de catégorie A de la fonction publique d'État.





Commentaire

Des règles de classement et de reclassement qui, en l'absence de textes, ont été précisées par le juge administratif

D'emblée, il faut souligner que les modalités de classement³³ et les mesures de reclassement consécutives à la revalorisation d'un corps ou cadre d'emplois³⁴ relèvent du domaine statutaire. Il convient de distinguer *classement* et *reclassement*.

D'une part, le *classement* du fonctionnaire fait suite à son recrutement dans un corps ou cadre d'emplois. L'arrêté de classement constitue un acte créateur de droit au profit de son bénéficiaire (CE, Sect., 6 novembre 2002, *Mme Marguerite X...*, n° 223041, Rec.).

D'autre part, le *reclassement* à l'intérieur d'un corps ou cadre d'emplois s'entend d'une mesure générale prise dans le cadre d'une réforme statutaire. À ce titre, il ne doit être confondu ni avec la garantie procédurale pouvant être mise en œuvre par l'agent devenu inapte physiquement (cf. la fiche n° 76 « Inaptitude et reclassement »), ni avec la promotion qui s'assimile à une mesure individuelle d'avancement (CE, 21 mai 2008, *Département de la Réunion*, n° 297644, T.).

Lorsqu'un fonctionnaire change de corps ou cadre d'emplois, que ce soit temporairement (par exemple, en étant placé en position de détachement) ou de façon permanente, il doit également être classé dans ce nouveau corps ou cadre d'emplois. Le Conseil d'État estime qu'il existe une « règle générale » en vertu de laquelle chaque agent est au moins classé sur la grille indiciaire « dans l'échelon correspondant à l'indice égal, ou à défaut immédiatement supérieur, à celui précédemment détenu » (CE, 24 novembre 1976, *Sieur Jason et autres*, n° 01623, T.). Les indices attachés aux échelons permettent ainsi de comparer le classement dans un corps à l'échelle indiciaire d'un autre corps : en effet, à chaque échelon est associé un indice brut qui détermine la position de l'agent sur une échelle indiciaire hiérarchique – et, par ailleurs, à chaque indice brut correspond un « indice majoré » permettant le calcul de la rémunération du fonctionnaire. S'agissant du fonctionnaire détaché, son classement dans le corps d'accueil doit s'effectuer dans un grade équivalent à celui détenu dans son corps d'origine. Pour ce faire, il y a lieu de prendre en compte non seulement l'indice terminal des deux grades, mais aussi des éléments tels que, notamment, la place des grades dans les deux corps et leur échelonnement indiciaire (CE, 25 mai 2018, *M. A...B...*, n° 410972, T.).

En matière de classement et de reclassement, le Conseil d'État reconnaît une marge de manœuvre importante du pouvoir réglementaire afin de modifier à tout moment les normes qu'il définit sans que les personnes auxquelles sont imposées de nouvelles contraintes, puissent invoquer un droit au maintien de la réglementation existante (CE,

Sect., 27 janvier 1961, *Sieur X...*, Rec. ; CE, Sect., 5 mai 1972, *Ministre de la santé publique c/ Mlle X...*, n° 83752, Rec.). En effet, étant dans une situation statutaire et réglementaire, les fonctionnaires « n'ont pas de droits acquis au maintien des règlements les régissant, lesquels peuvent être modifiés pour l'avenir compte tenu des nécessités liées au fonctionnement du service public » (CE, 15 mai 2000, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie c/ Mme X...*, n° 193725, Rec.). La mesure de reclassement intervient sur le fondement du pouvoir, détenu par le pouvoir réglementaire, de « modifier à tout moment les règles statutaires des fonctionnaires sans que ceux-ci puissent se prévaloir d'un droit quelconque au maintien des avantages de leur statut », tels que leurs perspectives d'avancement (cf. par exemple : CE, 14 mai 1980, *MM. X...et Y...*, n° 10094, Inédit).

En l'absence de dispositions expresses, aucun principe général du droit n'oblige à prendre en compte l'ancienneté d'un agent public lors de sa titularisation (CE, 1^{er} février 1995, *Mme X...*, n° 100643, T.) ou n'impose à l'administration de classer les fonctionnaires accédant à un corps ou cadre d'emplois en tenant compte de leur situation antérieure (CE, 1^{er} mars 1995, *Mlle X...*, n° 93100, T.). Lorsqu'un texte prévoit que l'ancienneté est conservée, il est admis qu'elle le soit par l'agent dans l'échelon correspondant du nouveau corps ou cadre d'emplois afin qu'elle puisse être, si les dispositions du statut particulier le permettent, immédiatement utilisée en vue d'une promotion (CE, 7 juin 1967, *Secrétaire d'État aux transports c/ Sieur X...*, n° 69150, Rec.). Si le fonctionnaire peut bénéficier, dans une telle situation, d'une promotion au sein de son nouveau corps ou cadre d'emplois (par exemple, pour être promu à un échelon supérieur à celui dans lequel il avait été initialement reclassé), il n'a en revanche aucun droit au maintien d'un éventuel « reliquat d'ancienneté » après l'intervention de cette décision de promotion (décision précitée). Tout dépend des dispositions statutaires.

De même, le Conseil d'État a jugé que des dispositions prévoyant une « ancienneté conservée » n'ont ni pour objet, ni pour effet, de déroger à la règle de l'avancement continu d'un échelon à l'échelon immédiatement supérieur fixé par la loi statutaire : par conséquent, le fonctionnaire ne peut pas conserver, lors de son passage à l'échelon supérieur, l'ancienneté déjà conservée lors de son classement (CE, 15 juin 2007, *M. Burger*, n° 264408, Rec.). En revanche, si le texte opérant le classement n'évoque que le bénéfice de mesures relatives à la promotion et à l'avancement, le pouvoir réglementaire n'est pas obligé de conserver l'ancienneté précédemment acquise par l'agent public (CE, 16 février 2007, *Mme Evelyne, A...*, n° 270497, T.).

33 Pour illustration, cf. les décrets n° 2016-580 du 11 mai 2016, n° 2016-596 du 12 mai 2016 et n° 2016-636 du 19 mai 2016 à propos de l'organisation des carrières des fonctionnaires de catégorie C dans les trois fonctions publiques

34 Pour illustration, cf. le décret n° 2017-1375 du 20 septembre 2017 modifiant le décret n° 2002-1569 du 24 décembre 2002 portant statut particulier du corps de l'inspection de l'action sanitaire et sociale, qui a procédé à la fusion des 2^e et 3^e grades de ce corps.



Les trois évolutions récentes relatives à la reprise d'ancienneté des agents

En premier lieu, le Conseil d'État a estimé qu'en vertu du principe de libre circulation des travailleurs, qui s'applique dans une certaine mesure à la fonction publique, aucun texte ne pouvait exclure, à l'occasion du classement dans le corps ou cadre d'emplois, les services de même nature accomplis antérieurement dans un autre État membre de l'Union européenne (CE, 13 mars 2002, *M. Maurice X...*, n° 209938, Rec. ; CE, 11 mars 2011, *M. François A...*, n° 338403, T. ; peu importe que la relation d'emploi avec l'administration étrangère soit de droit privé : CE, 27 juin 2018, *Mme B.-A...*, n° 405783, T.), y compris pour la période des services effectués dans un État antérieurement à son adhésion à l'Union européenne (CE, 15 novembre 2010, *M. André A...*, n° 332218, T.). S'agissant de la prise en compte par le statut du corps ou cadre d'emplois des activités professionnelles antérieures, aucune distinction ne peut donc être opérée selon que ces activités aient été exercées dans le service public de ce même État membre ou dans celui d'un autre État membre.

En deuxième lieu, le juge administratif prend en compte les services privés effectués par l'agent au sein d'une association dite « transparente » (cf. CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, n° 281796, Rec.). Dans cette situation, le Conseil d'État estime qu'il y a lieu d'intégrer, dans le calcul de son ancienneté, les services accomplis au sein de la structure créée à l'initiative de l'administration, qui en

contrôlait par ailleurs l'organisation et le fonctionnement et lui procurait l'essentiel de ses ressources (CE, 14 octobre 2009, *M. A...*, n° 299554, T.). Plus généralement, les textes statutaires peuvent également prévoir des dispositions permettant à des candidats issus d'un concours et recrutés après une expérience dans le secteur privé de bénéficier d'une reprise de leur ancienneté professionnelle pour le classement dans l'échelon d'intégration de leur nouveau corps ou cadre d'emplois.

En dernier lieu, la situation des fonctionnaires détachés a connu plusieurs évolutions afin d'assurer une pleine consécration au principe de la « double carrière » propre à la position de détachement. D'une part, le fonctionnaire qui réintègre son corps d'origine au terme d'un détachement est classé en tenant compte des avancements (de grade et d'échelon) qu'il a obtenu dans le corps d'accueil (loi n° 2009-972 du 3 août 2009). D'autre part, le fonctionnaire détaché qui obtient dans son corps d'origine un avancement de grade peut immédiatement s'en prévaloir dans son corps d'accueil en sollicitant son reclassement dans le grade correspondant (ordonnance n° 2017-543 du 13 avril 2017)³⁵. Eu égard à ces modalités de reclassement, un fonctionnaire peut donc, à l'occasion d'un détachement, bénéficier d'une progression de carrière plus rapide que celle des autres fonctionnaires restés en activité au sein de son corps ou cadre d'emplois.

La prise en compte des enjeux liés au principe d'égalité de traitement et à l'entrée en vigueur des mesures générales

Une grande latitude est laissée au pouvoir réglementaire pour déterminer l'échelon d'intégration des agents à l'occasion de leur classement dans la hiérarchie du corps ou cadre d'emplois. En effet, le principe de l'égalité de traitement n'est pas méconnu par des dispositions opérant une distinction selon la voie de recrutement suivie par les fonctionnaires accédant à un corps (CE, 21 novembre 1984, *M. X...*, n° 40885, T.). Par exemple, des règles de reclassement différentes entre les fonctionnaires issus du recrutement par promotion interne et les autres peuvent être prévues (CE, 9 novembre 1992, *M. Michel X...*, n° 88619, T. ; CE, 15 juillet 2004, *M. X...X...*, n° 258998, T.).

Enfin, il faut ajouter que le reclassement prononcé sur le fondement de dispositions réglementaires rétroactives est illégal (CE, 7 mars 1975, *Sieur X...*, n° 93232, Rec.). Si le gouvernement a, en cas de réforme statutaire, le choix

d'une date ou d'une période de référence, pour l'examen de la situation administrative des intéressés, il ne peut, s'il n'y est pas habilité par une disposition législative, donner un effet rétroactif à la réforme (CE, 2 mars 1977, *Sieur X...*, n° 99673, T.). Dès lors, sauf disposition législative contraire, le principe de non-rétroactivité des actes administratifs interdit de faire bénéficier les fonctionnaires déjà nommés et titularisés dans leur corps ou cadre d'emplois de dispositions réglementaires postérieures. Autrement dit, un fonctionnaire ne peut se prévaloir de telles dispositions pour obtenir, pour une période antérieure à leur publication, une revalorisation indiciaire (CE, 22 octobre 1980, *M. X...*, n° 22040, T.). Ainsi, ce n'est que pour l'avenir que les règles de classement à l'entrée du corps ou cadre d'emplois peuvent évoluer, de même que les mesures statutaires portant repyramidage de l'ensemble d'un corps ou cadre d'emplois.

35 Cf. également la fiche n° 45 « Le détachement ».



FICHE N° 51 :

La notation et l'évaluation

CE, Sect., 23 novembre 1962, *Sieur X...*, Rec. CE, 9 juillet 2014, *M. B...A...*, n° 363968, T. CE, 6 mai 2015, *M. A...*, n° 386907, T.



L'essentiel

La notation des fonctionnaires est organisée par les différents statuts, un fonctionnaire ne pouvant faire l'objet d'une notation que si des dispositions réglementaires applicables à son corps, cadre d'emplois ou emploi le prévoient expressément. Cette notation est susceptible de faire, par elle-même, l'objet d'un recours contentieux, sans préjudice des éventuels recours dirigés contre les décisions auxquelles ces notes peuvent donner lieu.

Le système de notation chiffrée des fonctionnaires est progressivement abandonné au profit d'une appréciation de la valeur professionnelle par la voie d'un entretien professionnel mené par le supérieur hiérarchique direct de l'agent. Tout récemment, l'article 27 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 a même supprimé la notation dans les trois versants de la fonction publique à compter du 1^{er} janvier 2021 au profit d'une appréciation fondée sur la seule évaluation professionnelle. Le compte-rendu de l'entretien professionnel peut faire l'objet d'une demande de révision et d'un recours contentieux.



Les mots du juge

« Considérant (...) qu'il résulte de l'instruction que le sieur Camara s'est vu attribuer respectivement les notes de zéro et dix sur vingt pour les années 1951 et 1952 ; qu'il ressort des pièces du dossier que ces notes n'ont pas été motivées par le comportement de l'intéressé ou son insuffisance professionnelle mais essentiellement par le fait que le sieur Camara exerçait alors les mandats de Conseiller général du Sénégal et de membre du Grand Conseil de l'Afrique occidentale française ; que, dans ces circonstances, le sieur Camara est fondé à soutenir que lesdites notes sont entachées de détournement de pouvoir »

(CE, Sect., 23 novembre 1962, *Sieur X...* Rec.)

« Considérant qu'aux termes de l'article 17 de la loi du 13 juillet portant droits et obligations des fonctionnaires : "Les notes et appréciations générales attribuées aux fonctionnaires et exprimant leur valeur professionnelle leur sont communiquées. / Les statuts particuliers peuvent ne pas prévoir de système de notation" ; qu'il résulte de ces dispositions législatives qu'un fonctionnaire ne peut faire l'objet d'une notation que si des dispositions réglementaires applicables à son corps, cadre d'emplois ou emploi prévoient expressément un système de notation »

(CE, 9 juillet 2014, *M. B...A...*, n° 363968, T.)

« Considérant qu'en jugeant que M. A... devait, en vertu des dispositions [de l'article 6 du décret du 28 juillet 2010 relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'État], demander la révision du compte-rendu de son entretien professionnel à son autorité hiérarchique dans un délai de quinze jours francs suivant sa notification, puis, le cas échéant, saisir la commission paritaire dont il relève, avant de pouvoir saisir le juge administratif, et qu'il n'était donc pas recevable à contester directement devant la juridiction administrative ce compte-rendu, le président du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a commis une erreur de droit »

(CE, 6 mai 2015, *M. A...*, n° 386907, T.)





Commentaire

La notation

L'article 17 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2019-828 du 6 août 2019, disposait que : « Les statuts particuliers peuvent ne pas prévoir de systèmes de notation ». Cette formulation, qui signifiait que la notation n'est pas obligatoire dans certains corps de fonctionnaires, a suscité des interrogations quant à la portée à donner au silence des dispositions applicables à un corps, un cadre d'emplois ou un emploi en la matière : faut-il en déduire que les fonctionnaires ne peuvent faire l'objet d'une notation en l'absence de disposition expresse en ce sens, ou au contraire que seules des dispositions statutaires expresses peuvent déroger au principe de la notation prévu par l'article 17 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983³⁶ ?

L'affaire *B...A...* (CE, 9 juillet 2014, n° 363968, T.) a donné l'occasion au Conseil d'État d'apporter une réponse claire à cette question qui divisait les juges du fond. Confirmant une solution consacrée dans une précédente décision (CE, 2 mars 1988, *M. Roger X...*, n° 61521, T.) qui semblait avoir été abandonnée depuis (CE, 3 septembre 2007, *M. Georges A...*, n° 284954, T.), le Conseil d'État a jugé qu'il résultait des dispositions de l'article 17 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983³⁷ qu'un fonctionnaire ne pouvait faire l'objet d'une notation que si des dispositions réglementaires applicables à son corps, cadre d'emplois ou emploi le prévoyaient expressément.

L'entretien professionnel

Après avoir fait l'objet d'une réforme dans la fonction publique d'État³⁸, transposée à titre expérimental à la fonction publique territoriale et à la fonction publique hospitalière, la notation chiffrée des fonctionnaires a été remplacée par l'entretien professionnel conduit par le supérieur hiérarchique direct, qui est devenu la procédure de droit commun pour l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'État (2012)³⁹ puis des fonctionnaires territoriaux (2015)⁴⁰. Les modalités sont de cette évaluation déterminées, pour les fonctionnaires d'État, par le décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 et, pour les fonctionnaires territoriaux, par le décret n° 2014-1526 du 16 décembre 2014.

Dans la fonction publique hospitalière, L'évaluation a été introduite de manière pérenne pour les personnels de direction des établissements hospitaliers⁴¹, soumis au décret n° 2005-1095 du 1er septembre 2005. Pour

Les fonctionnaires concernés ont la faculté de saisir la CAP d'une requête tendant à la révision de cette notation par les chefs de service compétents. De plus, après avoir été considérée comme une mesure d'ordre intérieur, donc insusceptible de recours, puis comme une mesure préparatoire ne pouvant faire l'objet d'un recours que par voie d'exception, la notation des fonctionnaires constitue désormais un acte faisant grief, susceptible en lui-même de faire l'objet d'un recours contentieux, sans préjudice des recours pouvant être formés contre les décisions auxquelles cette notation peut donner lieu (CE, Sect., 23 novembre 1962, *Sieur X...*, Rec.). Cette solution vaut également pour la notation des militaires (CE, Sect., 22 avril 1977, *Sieur X...*, n° 03629, Rec.).

Le Conseil d'État a, par exemple, censuré comme entachée de détournement de pouvoir une notation exceptionnellement basse non fondée sur la manière de servir (CE, 9 avril 1975, *Dame Bayle*, n° 94434, T.), une notation arrêtée avant la fin de la période au titre de laquelle elle était attribuée (CE, 8 décembre 1997, *M. André X...*, n° 184231, Rec.) ou encore une notation attribuée selon un critère tiré de l'ancienneté dans le grade, étranger à la valeur professionnelle de l'agent (CE, 16 mai 2007, *Hospices civils de Lyon*, n° 284549, T.).

le reste du personnel hospitalier, l'évaluation n'a été envisagée qu'à titre expérimental⁴². En ce sens, l'article 1er du décret n° 2010-1153 du 29 septembre 2010 dispose que : « Sur décision de l'autorité investie du pouvoir de nomination des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi du 9 janvier 1986 susvisée, après avis du comité technique d'établissement, les fonctionnaires et les agents contractuels employés à durée indéterminée, à l'exception des personnels de direction et des directeurs des soins, peuvent faire l'objet, à titre expérimental, d'une évaluation ayant pour but d'apprécier leur valeur professionnelle dans les conditions fixées par le présent décret ». Toutefois, cette expérimentation n'a pas été prolongée au-delà de 2014.

L'article 27 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 a modifié la rédaction de l'article 17 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et supprime la référence à la notation pour les trois

³⁶ Dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2019-828 du 6 août 2019.

³⁷ Dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2019-828 du 6 août 2019.

³⁸ Décret n° 2002-682 du 29 avril 2002 relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'État.

³⁹ Cf. l'art. 55 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, modifié par la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 dont l'art. 35 n'est entré en application qu'à compter du 1^{er} janvier 2012.

⁴⁰ Cf. l'art. 76 de la loi n° 84-53 du 216 janvier 1984, modifié par la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 dont l'art. 69 est entré en application qu'à compter du 1^{er} janvier 2015.

⁴¹ Cf. l'art. 65-2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986, introduit par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 (art. 11).

⁴² Cf. l'art. 65-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986, introduit par la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 (art. 59). L'expérimentation a, ultérieurement, été prolongée au titre des années 2011, 2012 et 2013.



versants de la fonction publique : « *la valeur professionnelle des fonctionnaires fait l'objet d'une appréciation qui se fonde sur une évaluation individuelle donnant lieu à un compte rendu qui leur est communiqué* ». Cette disposition entre en vigueur le 1er janvier 2021 et est applicable aux entretiens professionnels conduits au titre de l'année 2020. C'est notamment dans la fonction publique hospitalière que cette modification aura la portée la plus forte.

L'entretien professionnel annuel porte, notamment, sur les résultats et objectifs de l'agent, sa manière de servir, ses besoins de formation ou encore ses perspectives. Sous peine d'irrégularité, il doit être conduit par le supérieur hiérarchique direct (CE, 6 décembre 2006, *Mme Corinne A...*, n° 287453, T.). Il donne lieu à l'établissement d'un compte-rendu contre lequel l'agent peut former un recours hiérarchique dans un délai de quinze jours à compter de sa notification avant, le cas échéant, de saisir la CAP

afin que cette dernière en demande la révision. Par sa décision *M. A...* (CE, 6 mai 2015, n° 386907, T.), le Conseil d'État a précisé que la faculté pour les fonctionnaires de demander la révision du compte-rendu de leur entretien professionnel avant de saisir la CAP ne constituait pas un recours administratif préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux. Cette solution, rendue au sujet d'un agent de la fonction publique d'État, semble valoir également pour les agents de la fonction publique territoriale, compte tenu de l'identité des dispositions pertinentes des décrets n° 2010-888 du 28 juillet 2010 et n° 2014-1526 du 16 décembre 2014 précités. Il est à noter que les agents contractuels recrutés pour une durée supérieure à un an sont soumis à des dispositions similaires, à ceci près que la saisine de la CAP est substituée par celle de la commission consultative paritaire⁴³. Les fonctionnaires stagiaires sont évalués suivant des modalités spécifiques prévues par les statuts particuliers dont ils relèvent.



43 Pour la fonction publique d'État : art. 1-4 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour la fonction publique territoriale : art. 1-3 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 1-3 du décret n° 91-155 du 6 février 1991.

FICHE N° 52 : L'avancement de grade

CE, 27 avril 2011, M. Jacques A..., n° 326936, T.



L'essentiel

Le grade est le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent. L'avancement de grade est fonction des mérites des agents et des conditions statutaires, après inscription des agents concernés à un tableau d'avancement. Il entraîne une amélioration du traitement indiciaire de l'agent promu et lui permet d'occuper des emplois hiérarchiquement supérieurs à ceux auxquels son grade d'origine lui donnait accès.



Les mots du juge

« Considérant (...) qu'aux termes de l'article 1^{er} du décret du 1^{er} septembre 2005 relatif à l'avancement de grade dans les corps des administrations de l'État, applicable au corps des ingénieurs du génie rural, des eaux et des forêts : "À compter du 1^{er} janvier 2006, nonobstant toute disposition statutaire contraire, le nombre maximum des fonctionnaires appartenant à l'un des corps des administrations de l'État, à l'exclusion des corps propres des établissements publics, pouvant être promu à l'un des grades d'avancement de ce corps est déterminé par application d'un taux de promotion à l'effectif des fonctionnaires remplissant les conditions pour cet avancement de grade. Cet effectif s'apprécie au 31 décembre de l'année précédant celle au titre de laquelle sont prononcées les promotions" ; qu'il résulte de ces dernières dispositions que le tableau d'avancement contesté comportant un nombre maximum de fonctionnaires, ce tableau présente un caractère indivisible ; que, par suite, les conclusions initiales de M. Jacques A..., qui tendent seulement à son annulation en tant qu'il n'y figure pas, sont irrecevables »
(CE, 27 avril 2011, M. Jacques A..., n° 326936, T.).



Commentaire

En vertu de l'article 12 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, le grade est le titre qui confère à son titulaire vocation « à occuper l'un des emplois qui lui correspondent ».

Conditions

Contrairement à l'avancement d'échelon, l'avancement de grade a lieu au mérite, l'ancienneté ne pouvant servir qu'à départager des candidats d'égal mérite (CE, 10 mars 2004, Mme H...T..., n° 228933, Rec. ; du même jour, M. X..., n° 250500, T.). Il peut être subordonné à la justification d'une durée minimale de formation professionnelle au cours de la carrière ou, s'agissant des « grades à accès fonctionnels » (GRAF), à l'occupation préalable de certains emplois ou à l'exercice préalable de certaines fonctions correspondant à un niveau particulièrement élevé de responsabilité. Le corps des administrateurs civils, le corps des attachés d'administration de l'État et les corps enseignants de catégorie A sont, notamment, dotés d'un GRAF.

Les fonctionnaires détachés continuent à bénéficier de leurs droits à l'avancement dans leur corps d'origine, ce qui ne fait nullement obstacle à ce que le statut particulier d'un corps ou cadre d'emplois subordonne l'avancement de grade à l'existence d'une durée minimale de services effectifs dans ce corps ou cadre d'emplois (CE, 28 avril 2006, Commune de Toulon, n° 279673, T.)⁴⁴.

Depuis l'ordonnance n° 2017-543 du 13 avril 2017, les fonctionnaires détachés peuvent désormais se prévaloir d'un avancement de grade obtenu dans leur corps d'origine afin d'obtenir leur reclassement dans leur corps

⁴⁴ Pour la fonction publique d'État : art. 45 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 64 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; et pour la fonction publique territoriale : art. 51 de la loi n° 96-33 du 9 janvier 1986.



d'accueil (cf. la fiche n° 45 « Le détachement »). Dans la fonction publique territoriale, cette prise en compte est subordonnée à la vacance d'emploi correspondant dans la collectivité territoriale de détachement. Les cadres inter-fonctions publiques pouvant être créés en vertu de l'article 13 de la loi n° 83- 634 du 13 juillet 1983 peuvent

prévoir, dans des dispositions communes aux corps et cadres d'emplois concernés, que la vacance d'un emploi pourra être pourvue par la promotion de grade de l'un quelconque des fonctionnaires des corps et cadres d'emplois concernés. Aucun cadre inter-fonctions publiques n'a été institué à ce jour.

Modalités

L'avancement de grade se fait en principe de façon continue, d'un grade au grade immédiatement supérieur. Il ne peut être dérogé à cette règle que lorsque l'avancement a lieu sur sélection professionnelle (examen professionnel ou concours professionnel).

En règle générale, la détermination du nombre de personnes pouvant être promues au grade supérieur résulte de l'application d'un ratio dit « *promus / promouvables* », le nombre des agents promus étant proportionnel au nombre des agents promouvables.

Trois modalités différentes d'avancement de grade sont prévues.

L'avancement au choix : il se fait par inscription des agents sur un tableau d'avancement, par ordre de mérite établi en fonction de leur valeur professionnelle et des acquis de leur expérience professionnelle, telle nature et le niveau des responsabilités qui ont été confiées aux candidats à l'avancement (CE, 30 janvier 2015, *Ministre de l'intérieur*, n° 376082, T.).

L'avancement après examen professionnel : les résultats de l'examen donnent lieu à la publication d'une liste de candidats admis. Les fonctionnaires figurant sur cette liste peuvent être inscrits au tableau d'avancement.

Enfin, *l'avancement sur concours professionnel* : les seuls résultats du concours déterminent l'avancement des agents, sans inscription au tableau d'avancement.

Conséquences

L'avancement de grade se traduit non seulement par une amélioration du traitement indiciaire de l'agent promu, mais aussi par l'accès à un emploi hiérarchiquement supérieur.

L'affectation décidée à la suite d'une promotion de grade est effectuée dans l'intérêt du service, compte tenu cependant des souhaits de l'intéressé et de sa si-

Lorsque des dispositions statutaires prévoient plusieurs voies de promotion à un grade, dans des proportions qu'elles déterminent, elles n'impliquent pas la confection de tableaux d'avancement distincts. Un tableau unique est possible s'il respecte les règles statutaires relatives à l'ordre et à la proportion des candidats relevant de chaque catégorie (CE, 15 novembre 2006, *Ministre de la justice c/ M. A...*, n° 276235, T.).

Précisons, par ailleurs, que lorsqu'un tableau d'avancement comporte le nombre maximum de fonctionnaires pouvant être promus, il présente un caractère indivisible. Les conclusions présentées par un agent tendant à l'annulation d'un tableau d'avancement en tant seulement qu'il n'y figure pas sont donc irrecevables (CE, 27 avril 2011, *M. Jacques A...*, n° 326936, T.).

Afin que le déroulement de la carrière des fonctionnaires ne soit pas altérée par l'exercice d'un mandat syndical, le droit à l'avancement pour un fonctionnaire de l'État bénéficiant d'une décharge totale d'activité pour l'exercice d'un mandat syndical est apprécié en calculant la moyenne de l'ancienneté des agents qui détiennent le même grade ou classe dans le corps auquel appartient le fonctionnaire déchargé de service et qui ont été promus au grade d'avancement au titre du ou des précédents tableaux. Cet avancement moyen est calculé chaque année (CE, 26 novembre 2012, *Ministre de l'écologie c/ M. A...*, n° 350953, T.).

tuation de famille. Sur ce dernier point, le Conseil d'État a jugé que si l'administration peut décider de radier du tableau d'avancement un agent ayant refusé d'accepter l'affectation correspondant à son nouveau grade, elle n'a pas compétence liée pour ce faire et doit examiner toutes les possibilités permettant de prendre en compte la situation familiale de cet agent (CE, 9 avril 2010, *Ministre de la défense c/ Mme A...*, n° 328922, T.).



FICHE N° 53 :

La promotion interne

CE, 12 février 2014, La Poste, n° 371058, T.



L'essentiel

La promotion interne constitue un élément fondamental du parcours de carrière des fonctionnaires, qui leur permet d'accéder à un corps ou cadre d'emplois hiérarchiquement supérieur. Le statut général des fonctionnaires prévoit trois modalités de promotion interne : concours interne, examen professionnel et « choix » de l'administration. La prise en compte de la valeur professionnelle ainsi que des acquis de l'expérience professionnelle des fonctionnaires, qui doit obligatoirement intervenir lors de leur inscription sur une liste d'aptitude, se concilie, sous le contrôle du juge administratif, avec le principe d'égalité de traitement des candidats à la promotion interne.



Les mots du juge

« Considérant qu'aux termes de l'article 26 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'État : "En vue de favoriser la promotion interne, les statuts particuliers fixent une proportion de postes susceptibles d'être proposés au personnel appartenant déjà à l'administration ou à une organisation internationale intergouvernementale, non seulement par voie de concours selon les modalités définies au troisième alinéa (2°) de l'article 19 ci-dessus, mais aussi par la nomination de fonctionnaires ou de fonctionnaires internationaux suivant l'une des modalités ci-après : [1° Examen professionnel] 2° Liste d'aptitude établie après avis de la commission administrative paritaire du corps d'accueil, par appréciation de la valeur professionnelle et des acquis de l'expérience professionnelle des agents. (...)";

Considérant qu'il résulte de ces dispositions que, pour élaborer les propositions qu'elle soumet à l'appréciation de la commission administrative paritaire, l'autorité compétente doit avoir procédé à un examen approfondi de la valeur professionnelle et des acquis de l'expérience professionnelle de chacun des agents remplissant les conditions pour être promus ; qu'elle n'est pas tenue de faire figurer l'ensemble des agents remplissant ces conditions dans les propositions qu'elle adresse à la commission ; qu'il lui est loisible, pour des raisons pratiques, notamment en raison du nombre d'agents concernés, de classer les candidats en un nombre limité de catégories, dès lors qu'elle tient à la disposition de la commission administrative paritaire les éléments sur lesquels elle s'est fondée pour établir ses projets de listes après avoir comparé les mérites respectifs des agents, et que la commission n'est pas tenue par ce classement proposé »

(CE, 12 février 2014, La Poste, n° 371058, T.)



Commentaire

Si l'avancement, d'échelon ou de grade, constitue un mécanisme statutaire qui permet à tout fonctionnaire de pouvoir progresser au sein de la hiérarchie de son corps ou cadre d'emplois d'origine, la promotion interne l'autorise, selon une dynamique de carrière ascendante, à progresser dans la hiérarchie des corps (ou cadre d'emplois) de la fonction publique, en accédant à un corps hiérarchiquement supérieur.

En effet, l'article 13 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 répartit les corps et cadres d'emplois de fonctionnaires « en trois catégories désignées, dans l'ordre hiérarchique décroissant, par les lettres A, B et C » et rappelle qu'ils sont « régis par des statuts particuliers à caractère national, qui fixent le classement de chaque corps ou cadre d'emplois dans l'une de ces catégories ». Il y est souligné que les statuts particuliers constituent la source normative



unique pour fixer les conditions d'accès, notamment par la promotion interne, aux grades de chaque corps ou cadre d'emplois.

Les titres II, III et IV du statut général des fonctionnaires permettent d'identifier, en des termes analogues pour les trois fonctions publiques, trois modalités de promotion interne pour accéder à un corps supérieur⁴⁵.

Trois modalités de promotion interne coexistent : concours interne, examen professionnel et « choix » de l'administration

Tout d'abord, la promotion interne est possible consécutivement à la réussite de l'agent à un concours interne. Pour pouvoir s'inscrire au concours interne, les statuts particuliers prévoient notamment que le candidat doit justifier en principe d'une durée de services publics et, quelques fois, d'une condition d'âge et d'ancienneté. Sauf dérogation autorisée par la loi (CE, 2 mars 1988, *Association nationale des assistants*, n° 61520, Rec.), le concours interne ne peut toutefois pas constituer la seule voie d'accès fixée par le statut du corps supérieur : les statuts particuliers prévoient qu'une proportion seulement des postes est pourvue selon cette voie. Symétriquement, aucun statut particulier ne peut exclure le concours interne – à défaut de disposition l'y autorisant – des voies d'accès à ce corps par la promotion interne (CE, Sect., 6 mars 2009, *Syndicat national des ingénieurs de l'industrie et des mines*, n° 309922, Rec.).

En vue de favoriser la promotion interne et sauf dérogation législative expresse, les statuts particuliers prévoient deux autres voies d'accès sous réserve qu'elles bénéficient à des agents placés dans des situations différentes : l'examen professionnel et la liste d'aptitude.

À cet effet, les statuts particuliers fixent une proportion de postes, liée au nombre de recrutements externes (dont les recrutements par voie de détachement ou d'intégration directe), ouverts au bénéfice de la promotion interne, par l'une ou l'autre voie. La voie de la liste d'aptitude, lorsqu'elle est prévue, permet, pour prendre en compte le principe d'égalité entre candidats, de se prononcer à un instant « t » sur un ensemble de promotions pour une période donnée parmi le vivier éligible, les promotions étant ensuite prononcées tout au long de cette période, généralement l'année. La promotion interne est subordonnée à l'intervention d'un certain nombre de recrutements par d'autres voies. Le Conseil d'État estime, le cas échéant, que les dispositions d'un statut particulier qui se réfèrent

à un nombre de recrutements exigés pour procéder à une nomination au titre de la promotion interne d'un fonctionnaire permettent une promotion « au premier recrutement » lorsque le nombre de recrutements exigés pour ouvrir droit à cette nomination n'a pas été atteint durant la période fixée par le statut (CE, 22 février 2012, *Commune de Bastia*, n° 340720, T.). Les statuts particuliers peuvent en outre prévoir un mode de calcul alternatif du contingent de postes offerts à la promotion interne, assis sur les effectifs du corps de promotion, afin de permettre à l'administration de promouvoir des agents dans un corps ou cadre d'emplois dans lequel il n'aurait été prononcé aucun recrutement par les autres voies.

Il faut relever que l'administration n'est jamais tenue de prononcer des promotions si elle estime qu'aucun candidat ne présente les qualités requises (CE, 2 juin 1993, *Département du Val-de-Marne c/ M. Y...*, n° 55053, T.) et elle n'est évidemment pas tenue de faire figurer sur un projet de liste d'aptitude l'ensemble des agents ayant vocation à être promus (CE, 18 novembre 1992, *M. Y...*, n° 92294, T.).

Lorsque c'est la voie de l'examen professionnel qui est choisie, les fonctionnaires doivent d'abord être sélectionnés par un jury qui apprécie, à l'issue d'une série d'épreuves, leur aptitude professionnelle (cf. la fiche n° 36 « Concours et examen professionnel »). L'administration choisit ensuite parmi les lauréats de l'examen l'ordre d'inscription sur la liste des lauréats. Les textes statutaires fixent des conditions d'ancienneté dans le corps ou la catégorie d'origine que doivent remplir les candidats.

Les agents promus par la voie de la promotion interne sont généralement titularisés dans le corps supérieur dès leur nomination sans période probatoire. Toutefois, une période de stage ou de formation d'une durée le plus souvent de six mois est le plus souvent prévue pour l'accès aux corps supérieurs de catégorie A.

Les aspects procéduraux de la promotion interne

Eu égard à l'objet de la liste d'aptitude permettant à un fonctionnaire d'accéder à un corps supérieur, le juge administratif est souvent pragmatique. Même si, en principe, cette condition est prévue par les statuts particuliers, le Conseil d'État a pu admettre que la liste d'aptitude sur laquelle sont choisis les fonctionnaires à intégrer n'a pas à être arrêtée à une date déterminée (CE, 13 juillet 1966, *Molina*, n° 64996, Rec.). Dès avant la jurisprudence *Danthony* (cf. la fiche n° 94 « Le vice de procédure »), il a été jugé qu'aucune obligation de communiquer le projet de liste d'aptitude huit jours au moins avant la réunion de la CAP ne pèse sur l'autorité administrative (CE, 6 mai 1991, *Syndicat national CGT Force Ouvrière de l'INSEE et autres*, n° 82003, Rec.).

En outre, le Conseil d'État estime que la CAP et l'autorité administrative peuvent ne pas disposer des notes d'un fonctionnaire lors de la constitution de la liste d'aptitude pour l'accès à un corps supérieur, dès lors que l'une et l'autre disposent des informations suffisantes (pouvant être fondées sur des fiches de propositions remplies par les supérieurs hiérarchiques des agents candidats à la promotion) pour rendre son avis, d'une part, et pour prendre sa décision dans des conditions de nature à assurer l'égalité entre tous les candidats, d'autre part (CE, 9 avril 1999, *M. Gérard X...*, n° 196802, T.). En revanche, le juge administratif annule une liste d'aptitude qui écarte un agent de manière discriminatoire dès lors que l'excellence de sa notation et la nature de ses fonctions



⁴⁵ Pour la fonction publique d'État : art. 26 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 39 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 35 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

justifiaient qu'il y fût inscrit (CE, 14 mai 1997, *M. Claude X...*, n° 176427, T.).

S'agissant de l'inscription sur une liste d'aptitude pour la promotion interne lorsqu'elle est prévue, dans le cadre du « choix », la loi prévoit non seulement la prise en compte de la valeur professionnelle de l'agent, mais également la reconnaissance des acquis de son expérience professionnelle. Cette logique se traduit par l'obligation de leur « examen approfondi » par l'administration pour chacun des agents remplissant les conditions pour être promus, lors de l'établissement de la liste d'aptitude, afin d'assurer le respect du principe de l'égalité d'accès aux emplois publics (CE, 15 décembre 2000, *M. D... et Y...*, n° 210669, Rec. ; CE, 12 février 2014, *La Poste*, n° 371058, T.). L'autorité administrative doit également tenir à la disposition de la CAP les éléments sur lesquels elle s'est fondée pour établir son projet de liste après avoir comparé les mérites respectifs des agents (CE, 11 avril 2011, *Commune de La Ciotat*, n° 304987, T.). Elle peut enfin, dans le respect de ces modalités, classer les fonctionnaires qu'elle présente à la CAP pour une promotion interne (CE, 12 février 2014, *La Poste*, n° 371058, T.).

Ainsi, le juge administratif veille au respect du principe d'égalité de traitement des candidats à la promotion interne (cf. la fiche n° 10 « Le principe d'égalité de traitement des fonctionnaires »). Celui-ci ne fait pas obstacle à la création de filière distincte pour l'accès à un même corps lorsque les situations sont objectivement différentes ou dans un but d'intérêt général (CE, 7 mai 1982, *M. Y..., X...*, n° 20207, T. ; à propos d'une distinction, au sein d'un même corps, entre filière administrative et filière technique pour accéder à un corps supérieur par la voie de l'examen professionnel, CE, Sect., 26 octobre 1979, *M. X...*, n° 09573, Rec. ; à propos de la distinction entre deux spécialités d'un corps légalement fondée sur l'intérêt du service, compte tenu des « compétences acquises » par les fonctionnaires dans leurs fonctions CE, 10 janvier 2001, *Syndicat national des administratifs et techniciens de l'environnement, de l'architecture et de l'urbanisme*, n° 193160, T.).

Pour favoriser les évolutions de carrière des fonctionnaires qui constituent l'objet même des dispositions relatives à la promotion interne, le Conseil d'État a récemment estimé que la condition d'ancienneté prévoyant un certain nombre d'années de « services publics » pour être

inscrit sur une liste d'aptitude dans le cadre de l'accès à un corps supérieur devait s'entendre comme visant les personnes ayant servi pendant au moins neuf ans en qualité d'agent d'un service public administratif, y compris celles qui y ont été employées, pendant tout ou partie de cette période, dans le cadre de contrats relevant du droit privé – tels que, par exemple, les contrats aidés (CE, 1^{er} octobre 2014, *Mme A...B...*, n° 363482, Rec.). À défaut de disposition législative ou réglementaire y faisant obstacle, la logique de promotion interne valorise tout fonctionnaire expérimenté et méritant, quel que soit son profil, dans le cadre de leur carrière.

En outre, il a été jugé qu'était illégale la note d'un chef de service visant à prévoir l'absence de toute possibilité de recours, même administratif, contre l'appréciation émise sur la candidature d'un fonctionnaire à l'inscription sur la liste d'aptitude dès lors que de telles dispositions sont de nature statutaire (à propos d'un tableau d'avancement pour l'accès à un grade supérieur, mais le raisonnement est également valable dans le cadre d'une promotion interne, CE, 16 janvier 2006, *M. Bernard X...*, n° 261425, T.). En revanche, l'annulation de la liste d'aptitude n'entraîne pas, par elle-même, l'annulation des nominations prononcées au vu de cette liste et devenues définitives (CE, 10 mars 2004, *M. Pierre X...*, n° 235686, T.), la même solution étant valable dans l'hypothèse où est annulée la délibération du jury proposant la nomination du fonctionnaire à la suite d'un concours interne (CE, Sect., 10 octobre 1997, *M. Bernard Y...*, n° 170341, Rec.) : ce n'est que lorsque les nominations ont été aussi attaquées qu'elles sont annulées par voie de conséquence.

Enfin, à compter du 1^{er} janvier 2021, dans le cadre de la redéfinition des compétences des CAP prévue par la loi du 6 août 2019, les listes d'aptitude établies au titre de la promotion interne ne donneront plus lieu à leur consultation préalable. En contrepartie, sont créées des lignes directrices de gestion (LDG) qui, fixeront les orientations générales en matière de promotion et de valorisation des parcours dans l'ensemble de la fonction publique. Ces LDG seront soumises à l'avis préalable de l'instance de représentation des personnels en charge des sujets collectifs. Par ailleurs, les fonctionnaires pourront choisir un représentant désigné par l'organisation syndicale représentative de leur choix pour les assister dans l'exercice des recours administratifs contre les décisions individuelles défavorables relatives aux promotions.



FICHE N° 54 : La faute disciplinaire

CE, 13 juin 1990, *Ministre de l'intérieur c/ M. Christian X...*, n° 112997, T.



L'essentiel

La faute disciplinaire se caractérise par un manquement des agents publics aux obligations qui s'imposent à eux tant à raison de leur statut que des fonctions qu'ils exercent. Dans la mesure où les obligations statutaires s'imposent à l'agent public en raison de sa qualité, une faute disciplinaire peut résulter de faits commis en dehors du service. La faute disciplinaire est indépendante d'éventuelles qualifications pénales.



Les mots du juge

« Considérant que pour justifier l'arrêté attaqué en date du 5 août 1987 prononçant la révocation de M. Christian X... de ses fonctions de sous-brigadier de police, sans suspension des droits à pension, le ministre délégué auprès du ministre de l'intérieur chargé de la sécurité s'est fondé sur le fait qu'« en janvier 1987, hors service, M. Christian X... a hébergé chez lui un jeune adolescent, de moins de seize ans, en fugue, au lieu de le conduire auprès d'un service de police compétent » et que « l'intéressé a pour habitude d'entretenir des relations privées avec des individus défavorablement connus de la justice, et qu'un tel comportement porte atteinte au bon renom de la police » ; que les faits en cause constituent des fautes professionnelles de nature à justifier une sanction »
(CE, 13 juin 1990, *Ministre de l'intérieur c/ M. Christian X...*, n° 112997, T.)



Commentaire

L'article 29 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dispose, pour les trois fonctions publiques, que : « Toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la

loi pénale ». Le même principe est applicable aux autres agents publics⁴⁶. La faute disciplinaire qui peut conduire au prononcé d'une sanction disciplinaire présente un caractère professionnel.

La faute disciplinaire n'est pas définie par les textes

En droit de la fonction publique, le principe de légalité des délits, selon lequel il n'y a pas d'infraction sans texte (« *nullum crime sine lege* »), ne s'applique pas (CE, 9 avril 2010, *M. Jean-Hugues A...*, n° 312251, T.). Sauf cas particuliers⁴⁷, la faute disciplinaire n'est donc pas déterminée par des textes spécifiques. Elle se définit de façon générique comme un « manquement à une des obligations dont le droit de la fonction publique impose le respect »⁴⁸.

Ces obligations sont celles qui découlent des statuts, auxquelles il convient d'ajouter les règles déontologiques pour les corps qui en sont dotés⁴⁹.

En l'absence de définition des faits susceptibles d'être qualifiés de faute disciplinaire, il appartient à l'autorité investie du pouvoir de sanction, sous le contrôle du juge, de caractériser la faute disciplinaire au regard des obligations qui s'imposent aux agents publics.

46 Cf. par exemple, pour les magistrats judiciaires : art. 43 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 ; pour les agents contractuels de la fonction publique d'État : art. 43-1 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour les agents contractuels de la fonction publique territoriale : art. 36 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour les agents publics de la fonction publique hospitalière : art. 39-2 du décret n° 91-155 du 6 février 1991.

47 Cf. par exemple, les articles 6, 6 bis, 6 ter et 6 quinquies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983.

48 CHAPUS René, *Droit administratif général*, Montchrestien, 2001, t. 2, n° 382.

49 C'est le cas, par exemple, des fonctionnaires de la police nationale et des gendarmes (art. R. 434-27 du code de la sécurité intérieure).



La faute disciplinaire peut être commise en service ou en dehors du service

La discipline étant un outil de régulation de la vie interne d'une administration, la faute commise au sein du service est évidemment au nombre de celles qui peuvent être sanctionnées.

Mais la jurisprudence a également admis que la faute commise par un agent en dehors de l'exercice de ses fonctions puisse être qualifiée de disciplinaire et sanctionnée à ce titre. Selon sa nature et sa gravité, cette faute pourra en effet révéler un comportement personnel incompatible

avec la poursuite d'une activité de la fonction publique ou porter atteinte de manière suffisamment grave à l'image et à la réputation du service auquel l'agent appartient (CE, 24 juin 1988, *Secrétaire d'État aux postes et télécommunications c/ M. Noël X...*, n° 81244, Rec. ; CE, 15 juin 2005, *M. Charles X...*, n° 261691, Rec.). Ainsi, dans l'affaire *Christian X...*, le sous-brigadier de police a été sanctionné en raison de ses mauvaises fréquentations et de son comportement à l'égard d'un mineur de moins de seize ans (CE, 13 juin 1990, n° 112997, T.).

La faute disciplinaire peut prendre des formes très diverses

La faute disciplinaire peut résulter d'un acte juridique (illégalité) comme d'un acte matériel (activités professionnelles ou privées, comportement général, propos, gestes, tenue vestimentaire, etc.), ou encore d'une omission (absentéisme, retards, inertie, etc.). Elle peut aussi n'être qu'une tentative (par ex. un agent qui tente d'agresser physiquement son supérieur hiérarchique, mais qui en est empêché par ses collègues).

L'élément intentionnel et volontaire de la faute n'est pas une condition nécessaire, car un agent peut être sanctionné pour négligence ou inattention (par ex. un personnel hospitalier qui administre par inadvertance la mauvaise dose de traitement à un patient).

En revanche, l'état de santé mentale ou psychique d'un agent peut l'exonérer de sa responsabilité disciplinaire

(CE, 2 juillet 1980, Centre hospitalier de Saint-Quentin, n° 14018, Rec.). Ce ne sera cependant pas le cas d'un état pathologique imputable à l'agent, résultant en particulier d'une conduite addictive (CE, 12 mars 2010, n° 316969). En outre, la circonstance qu'il soit en congé maladie ne fait pas obstacle à ce qu'il fasse l'objet d'une action disciplinaire (CE, 26 juillet 1978, *Sieur Cheval*, n° 05625, T. ; CE, 11 mai 1979, *M. Bernard X...*, n° 02499, T.).

Par ailleurs, lorsque l'agent agit, conformément à l'obligation d'obéissance hiérarchique (v. fiche 31 : « *L'obligation d'obéir et de désobéir* »), en exécution des instructions qui lui sont données par l'autorité supérieure, il ne peut être tenu pour responsable, sur le plan disciplinaire, du caractère fautif de ses actes (CE, 1er juin 1994, Centre hospitalier spécialisé Barthélémy-Durand, n° 139288, T.).

Exemples de fautes disciplinaires :

De nombreux manquements aux obligations professionnelles liées à la qualité de fonctionnaire caractérisent des fautes disciplinaires. Constituent ainsi des fautes, les manquements :

- à l'*obligation de réserve* (cf. fiche n° 26) : par ex. un fonctionnaire de police ayant publié des articles injurieux à l'égard des autorités de l'État et comportant des incitations à l'indiscipline collective (CE, 23 avril 1997, *M. Philippe X...*, n° 144038, T.) ; un autre ayant communiqué à un journaliste des fiches extraites du système de traitement des infractions constatées (STIC) (CE, 31 mars 2017, n° 392316, T.) ; un gendarme ayant publiquement critiqué la fusion de la direction centrale des renseignements généraux avec la direction de la surveillance du territoire en 2008 (CE, 12 janvier 2011, *M. Jean-Hugues A...*, n° 338461, Rec.) ;
- à l'*obligation de se consacrer à son emploi* (cf. fiche n° 32) : par ex., un enseignant ayant dispensé des consultations rémunérées sans solliciter, au préalable, l'autorisation requise pour pouvoir cumuler une activité privée avec ses fonctions publiques (CE, 8 février 1967, *Sieur X...*, n° 67773, T.) ;
- à la *probité* : par ex., un fonctionnaire des impôts ayant dissimulé une fraction du prix d'un terrain acheté à des fins privées (CE, 6 octobre 1982, *M. Francis X...*, n° 23311, T.).

Une faute disciplinaire peut encore être caractérisée par un manquement aux *obligations statutaires du fonctionnaire*. Tel est notamment le cas d'un manquement :

- à l'*honneur de la profession de magistrat* : par ex., un substitut du procureur n'ayant pas informé le procureur de la République, ainsi que lui en fait obligation l'article 5 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, des indices graves dont il disposait à l'encontre d'une personne soupçonnée d'avoir commis plusieurs homicides, alors pourtant qu'il en avait saisi le juge d'instruction (CE, Sect., 20 juin 2003, *M. Daniel X...*, n° 248242, Rec.) ;
- à l'*obligation de secret professionnel* : par ex., un infirmier psychiatrique ayant communiqué au réalisateur d'un film des informations lui permettant d'entrer en contact avec une malade dépendant du centre hospitalier et d'apprendre d'elle les faits dont il est question dans le film (CE, 1er juin 1994, *Centre hospitalier spécialisé Le Valmont*, n° 150870, T.) ;
- à l'obligation qui incombe aux fonctionnaires de police ainsi qu'aux militaires d'entretenir leur arme de service et de ne pas la perdre (CE, 9 janvier 1981, *M. X...*, n° 20521, T.).

La faute disciplinaire peut également résulter de la manière de servir du fonctionnaire, soit qu'il *méconnaisse la réglementation du service* dans lequel il est affecté, soit que son comportement *porte atteinte au bon fonctionnement du service*. Tel est notamment le cas d'un manquement :

- aux *obligations réglementaires d'un service public* : par ex., un enseignant refusant de se soumettre à un contrôle médical prévu par la réglementation (CE, 19 octobre 1978, *Sieur X...*, n° 96185, T.) ;



- à l'obligation d'assiduité, par ex. lorsque l'intéressé se soustrait irrégulièrement à son service (CE, 18 juin 1975, *Ville d'Arras*, n° 86055, T. ; CE, 6 décembre 1978, *Sieur X...*, n° 05741, T.) ;
- au principe de continuité du service public, auquel il est porté atteinte lorsque par ex. un fonctionnaire n'avise pas sa hiérarchie de ce que sa candidature a été retenue à un concours ou à un emploi et qu'il va donc quitter ses fonctions ; mais tel n'est pas le cas lorsque l'agent ne l'avise pas de ce que, s'étant porté candidat un concours ou à un emploi, il est seulement susceptible de quitter le service (CE, 8 juin 2005, *Mlle Agnès X...*, n° 271538, T.) ;
- au devoir d'obéissance, méconnu par l'agent qui refuse de se soumettre aux ordres de son supérieur hiérarchique (CE, 3 novembre 1967, *Mlle X...*, n° 68205, T. ; CE, 31 octobre 1979, *Ministre de l'intérieur c/ M. X...*, n° 10047, T.) ;
- au devoir de tout chef de veiller au bon fonctionnement du service confié à sa responsabilité : par ex., un fonctionnaire ayant adressé à ses agents subalternes des ordres contraires à la réglementation du service (CE, 28 avril 1976, *Sieur Z...*, n° 98685, T.) ; un fonctionnaire n'ayant pris aucune mesure pour s'assurer que les agents placés sous son autorité étaient présents au service, alors que certains avaient abandonné leur poste (CE, 26 juillet 1985, *Mlle Y...*, n° 54696, Rec.) ; un officier militaire ayant mis en danger les soldats par ses ordres (CE, 7 février 2001, *M. Philippe X...*, n° 210574, T.) ;
- à la prohibition de tout comportement constitutif d'un harcèlement moral (CE, 21 novembre 2014, *Chambre de commerce et d'industrie Nice-Côte-d'Azur*, n° 375121, T.) ; il en va de même pour un comportement qui, même non constitutif de harcèlement, est agressif, dévalorisant et déplacé envers une partie du personnel (CE, 30 décembre 2011, *M. Saïd A...*, n° 342576, T.).

La preuve de la faute disciplinaire peut être apportée par tout moyen

L'autorité administrative peut apporter la preuve des faits sur le fondement desquels elle inflige une sanction à un agent public par tout moyen. Cependant, elle ne saurait fonder une sanction sur des pièces ou documents qu'elle

a obtenus en méconnaissance de l'obligation de loyauté à laquelle elle est tenue vis-à-vis de ses agents, sauf si un intérêt public majeur le justifie (CE, Sect., 16 juillet 2014, *M. B...A...*, n° 355201, Rec.).

La faute disciplinaire est indépendante de toute qualification pénale

La faute disciplinaire est indépendante de la faute pénale, car des faits peuvent être sanctionnés disciplinairement alors qu'ils ne relèvent d'aucune qualification pénale (l'absentéisme par ex.) et inversement des faits pénalement sanctionnés (stationnement gênant d'un véhicule par ex.) peuvent n'appeler aucune réponse sur le plan disciplinaire.

Il n'est cependant pas rare que les mêmes faits relèvent d'une qualification à la fois pénale et disciplinaire. L'autonomie de l'action disciplinaire et de l'action pénale permet en principe à l'autorité administrative de poursuivre et de sanctionner un agent indépendamment des incidences pénales des faits répréhensifs. En particulier, l'administration peut se prononcer sur l'action disciplinaire sans attendre l'issue de la procédure pénale.

Néanmoins, si l'administration décide de différer sa décision jusqu'à ce que le juge pénal ait statué, il lui appartiendra de tenir compte, dans le choix de la sanction qu'elle retient, non seulement de la nature et de la gravité des faits répréhensibles, mais aussi de la situation d'ensemble de l'agent en cause, à la date à laquelle la sanction est prononcée, compte tenu, le cas échéant, des éléments recueillis, des expertises ordonnées et des constatations faites par le juge pénal (CE, 27 juillet 2009, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mlle A...*, n° 313588, Rec.). Le cas échéant, l'autorité administrative pourra renoncer à prendre une sanction disciplinaire au motif que l'intéressé a déjà fait l'objet, pour les mêmes faits, d'une condamnation pénale qu'elle estime suffisante.

En revanche, l'autorité administrative, comme le juge administratif, sont liés par l'autorité de la chose jugée qui s'attachent aux décisions pénales devenues définitives⁵⁰, s'agissant des constatations de fait que le juge pénal a retenues et qui sont le support nécessaire de ses décisions (CE, Ass., 8 janvier 1971, *Ministre de l'intérieur c/ Dame X...*, n° 77800, Rec.). Inversement, les motifs d'un jugement de relaxe ou d'acquiescement tirés de ce que les faits reprochés ne sont pas établis avec certitude ou de ce qu'un doute subsiste sur leur réalité ne sont pas revêtus de l'autorité de chose jugée. Il appartient à l'autorité administrative d'apprécier la matérialité de ces faits sur le plan disciplinaire (par ex. CE, 21 juin 1972, n° 82626 ; CE, 25 septembre 1987, n° 76348). Il en est de même du classement sans suite d'une plainte déposée contre un agent pour des faits qui motivent l'engagement d'une procédure disciplinaire (par ex. CE, 19 mai 2004, n° 252581), ainsi que de l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction (par ex. CE, 25 octobre 1993, n° 114954).

En outre, l'administration peut fonder des poursuites disciplinaires sur la circonstance que l'agent a fait l'objet d'une condamnation pénale prononcée par un jugement devenu définitif, ce qui constitue en soi un fait de nature à justifier une sanction disciplinaire (CE, 10 janvier 1969, *Sieur X...*, n° 70004, Rec. ; CE, 24 juin 1988, *Secrétaire d'État aux postes et télécommunications c/ M. Noël X...*, n° 81244, Rec. ; CE, 18 octobre 2018, *M. A...B...*, n° 412845, T.).

⁵⁰ Une décision prononçant une condamnation pénale acquiert le caractère d'une décision définitive à la date où expire le délai du pourvoi en cassation ou, le cas échéant, à la date à laquelle la Cour de cassation rejette le pourvoi (CE, 10 janvier 2001, *M. Paeamara*, n° 225564, Rec.).

FICHE N° 55 :

La procédure disciplinaire

CE, Ass., 27 mai 1955, *Sieur X...*, n° 95027, Rec.



L'essentiel

L'administration dispose d'une importante marge d'appréciation pour engager une procédure disciplinaire. Celle-ci est assortie de garanties destinées à préserver les droits de l'agent poursuivi.



Les mots du juge

« Considérant d'une part, que l'article 80 de la loi du 19 octobre 1946, qui a imparti à l'administration un délai de quatre mois pour statuer sur le cas d'un fonctionnaire frappé d'une mesure de suspension, n'a eu pour objet que de limiter les conséquences pécuniaires de la suspension et qu'aucun texte n'enferme dans un délai déterminé l'exercice de l'action disciplinaire ; que, si l'administration a mis fin, le 23 décembre 1947 à la mesure de suspension, il résulte de l'instruction qu'elle n'a pas renoncé à la poursuite de la procédure disciplinaire ouverte par cette suspension et que le déroulement de cette procédure n'a été retardé que par les congés de maladie successifs obtenus par le sieur Deleuze et l'audition des nombreux témoins cités par lui »
(CE, Ass., 27 mai 1955, *Sieur X...*, n° 95027, Rec.)



Commentaire

L'autorité administrative dispose d'une large marge d'appréciation pour engager une procédure disciplinaire

En droit de la fonction publique, comme dans d'autres domaines de la répression administrative (CC, 25 novembre 2011, n° 2011-199 QPC ; CE, Ass., 6 juin 2014, *Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques*, n° 351582, Rec.), l'autorité administrative apprécie l'opportunité des poursuites disciplinaires, à moins qu'un texte ne prévoit une règle différente. Il s'ensuit qu'un tiers, notamment la victime, n'est en principe pas recevable à contester le refus de l'administration de poursuivre disciplinairement l'un de ses agents, ni même la sanction disciplinaire ou le refus de prononcer une sanction disciplinaire (CE, 17 mai 2006, *M. Marc B...*, n° 268938, Rec.).

En outre, pendant longtemps, l'exercice de l'action disciplinaire n'a été soumis à aucun délai. L'autorité administrative pouvait donc décider de déclencher une procédure disciplinaire à tout moment. Ce principe jurisprudentiel (CE, Ass., 27 mai 1955, *Sieur X...*, n° 95027, Rec.) a toujours été confirmé. Le Conseil d'Etat avait même censuré l'initiative de certains juges sur un délai de prescription.

La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 a introduit un délai. Désormais, l'article 19 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 limite l'exercice de l'action disciplinaire à un délai de trois ans à compter du jour où l'administration a eu une connaissance effective de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits passibles de sanction. Le Conseil d'Etat a précisé que le délai de trois ans ne commence à courir pour les procédures disciplinaires en cours qu'à partir de la date de sa publication (CE, 20 décembre 2017, n° 403046, T.). Au-delà, aucune procédure disciplinaire ne peut être engagée, mais le législateur a néanmoins prévu qu'en cas de poursuites pénales exercées à l'encontre du fonctionnaire, le délai de trois ans est interrompu jusqu'à la décision définitive de classement sans suite, de non-lieu, d'acquiescement, de relaxe ou de condamnation.

En tout état de cause, l'autorité administrative peut engager une action disciplinaire sans attendre l'issue d'une procédure pénale et ce sans méconnaître la présomption d'innocence (CE, 27 mai 2009, *M. Pierre A...*, n° 310493, Rec.).



L'agent poursuivi dispose de droits pour se défendre, notamment la communication de son dossier individuel

En vertu d'un principe général du droit, une sanction ne peut être légalement prononcée à l'égard d'un agent public sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense (CE, 5 juillet 2000, n° s 200622, 203356, Rec.).

Depuis l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 (repris notamment à l'article 19 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983⁵¹), l'agent poursuivi a droit à la communication de son dossier individuel et des documents annexes (cf. la fiche 25 « Le droit d'accès au dossier »). L'administration doit informer l'agent de ce droit. Elle doit ensuite, s'il le demande, lui permettre d'accéder à l'intégralité des pièces de son dossier, sans limitation aux seules pièces qui servent à fonder la mesure disciplinaire (par ex. CE, 9 novembre 1990, n° 57520 ; CE, 30 octobre 1995, n° 126121). L'agent peut en prendre copie (CE, 2 avril 2015, *Commune de Villecerf*, n° 370242, T.).

L'agent poursuivi peut en outre se faire assister par le défenseur de son choix (avocat, délégué des organisations syndicales, etc.). Il doit disposer du temps nécessaire pour organiser sa défense (CE, 31 mai 2006, n° 255390).

En principe, une sanction disciplinaire ne peut être prise avant l'intervention d'un avis du conseil de discipline

Lorsque l'autorité investie du pouvoir disciplinaire envisage de prendre contre un fonctionnaire une sanction plus sévère que celles relevant du premier groupe (cf. la fiche n° 56 « La sanction disciplinaire »), elle est tenue de consulter la commission administrative paritaire siégeant en formation disciplinaire (pour les fonctionnaires) ou la commission consultative paritaire (pour les agents contractuels). Par un avis motivé qui ne lie pas l'autorité investie du pouvoir disciplinaire, le conseil de discipline se prononce sur l'opportunité de prononcer une sanction et, le cas échéant, sur la sanction qu'il estime justifiée (art. 19 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).

Le conseil de discipline doit émettre un avis en toute indépendance vis-à-vis de l'autorité disposant du pouvoir disciplinaire. Cette exigence se traduit dans la composition même de ce conseil. L'autorité investie du pouvoir disciplinaire ne peut siéger. En cas de délégation du pouvoir disciplinaire, l'autorité délégataire ne peut non plus siéger, alors même qu'elle s'abstiendrait, ensuite, de prononcer la sanction (CE, 26 mars 2018, n° 403168). Dans la fonction publique territoriale, le conseil de discipline est présidé par un magistrat administratif. Par ailleurs, un fonctionnaire à l'encontre duquel des poursuites disciplinaires sont en cours est privé de l'indépendance nécessaire pour siéger au conseil de discipline (CE, 14 octobre 2002, *Ministre de*

L'agent poursuivi disciplinairement ne peut en revanche se réclamer, auprès de son administration, de la protection fonctionnelle prévue par l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. Ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet d'ouvrir droit à la prise en charge par l'État des frais qu'un fonctionnaire peut engager pour sa défense dans le cadre d'une procédure disciplinaire diligentée à son encontre par l'autorité hiérarchique dont il relève ou des frais qu'il expose pour contester devant la juridiction administrative une sanction disciplinaire prise à son encontre (CE, 9 décembre 2009, *M. Gérard A...*, n° 312483, T. ; CE, 23 novembre 2016, n° 397733, T.).

Si l'administration prend une mesure qui, compte tenu notamment des faits qui en sont à l'origine, de ses effets sur la situation personnelle de l'intéressé et de l'intention de son auteur, constitue une « sanction déguisée », elle sera annulée dès lors que les garanties qui entourent la procédure disciplinaire n'ont pas été respectées (cf. la fiche n° 56 « La sanction disciplinaire »).

l'intérieur c/M. Bernard X..., n° 201138, T.). En outre, ne sont admis à participer au conseil de discipline que les membres régulièrement nommés, à l'exclusion de toute personne qui serait susceptible d'exercer une influence sur les votes (CE, 23 juin 1993, *M. Hamid X...*, n° 121456, T.), comme par exemple le titulaire du pouvoir disciplinaire (CE, 13 janvier 1988, *Centre hospitalier de Châteaubriant c/M. Yves X...*, n° 55768, Rec.). Enfin, la composition du conseil de discipline doit rester identique tout du long des débats : aucun de ses membres ne peut s'absenter, même momentanément, sauf à se faire une idée nécessairement incomplète de l'ensemble des débats (CE, 17 mars 2004, *Mme Rosalinda X...*, n° 228680, T.).

Les membres du conseil de discipline sont soumis au secret du délibéré⁵² qui, toutefois, n'implique pas que le procès-verbal de la délibération ne puisse faire état du partage des voix ou d'un vote à l'unanimité (CE, 25 octobre 2006, *M. Michel A...*, n° 286360, T.). En revanche, aucune règle générale de procédure n'impose que les membres se prononcent à bulletin secret (CE, 17 avril 1970, *Sieur X...*, n° 76730, Rec.)⁵³.

Le conseil de discipline doit permettre à l'agent convoqué de faire valoir utilement sa défense. À cet effet, la convocation doit être adressée à l'agent quinze jours au moins

51 Al. 3 : « Le fonctionnaire à l'encontre duquel une procédure disciplinaire est engagée a droit à la communication de l'intégralité de son dossier individuel et de tous les documents annexes et à l'assistance de défenseurs de son choix. L'administration doit informer le fonctionnaire de son droit à communication du dossier ».

52 Pour la fonction publique d'État : art. 6 du décret n° 84-961 du 25 octobre 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 10 du décret n° 89-677 du 18 septembre 1989 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 7 du décret n° 89-822 du 7 novembre 1989.

53 Cette garantie ne trouve à s'appliquer que lorsqu'une disposition statutaire le prévoit expressément : par exemple, le conseil de discipline devant lequel comparaissent les fonctionnaires actifs des services de la police nationale procède nécessairement par vote à bulletin secret (art. 44 du décret n° 95-654 du 9 mai 1995).



avant la tenue du conseil de discipline⁵⁴. Ce délai s'impose y compris dans l'hypothèse où le conseil de discipline reporte sa séance (CE, Sect., 1^{er} mars 1996, *M. Patrick X...*, n° 146854, T. ; CE, 9 février 2000, *M. Philippe X...*, n° 191227, T. ; CE, 28 juillet 2000, *M. Philippe X...*, n° 199478, T.). En revanche, le respect des droits de la défense n'implique pas nécessairement que l'intéressé comparaisse *personnellement* devant le conseil de discipline, dès lors qu'il a pu présenter des observations par écrit et qu'il a pu se faire représenter par un défenseur de son choix (qu'il soit empêché pour une raison personnelle : CE, 29 septembre 1982, *Mme X...* n° 11097, Rec. ; ou qu'il soit maintenu en détention : CE, 30 juillet 2003, *M. Fernand X...*, n° 232238, T.). Le conseil de discipline procède à l'audition des témoins cités par l'agent poursuivi (CE, 26 mars 1996, *Ministre de l'économie c/ M. André X...*, n° 119908, T.).

Les débats devant le conseil de discipline doivent être conduits dans le respect du principe du contradictoire. L'agent doit être en mesure de pouvoir discuter tous les griefs qui lui sont opposés. Si le conseil de discipline peut émettre un avis motivé par d'autres griefs que ceux figurant dans le rapport de saisine présenté par l'autorité

ayant engagé l'action disciplinaire, l'intéressé doit avoir été mis en mesure de les discuter (CE, 30 septembre 1983, *M. François X...*, n° 29318, Rec. ; CE, 8 octobre 1990, *Ville de Toulouse c/ M. X...*, n° 107762, Rec.). Dans le même sens, si le conseil peut, en faisant usage de son pouvoir d'instruction, faire procéder à l'audition de témoins, il ne peut les entendre sans avoir mis en mesure l'agent intéressé d'assister à l'audition (CE, 7 mars 2005, *M. Thierry X...*, n° 251137, Rec.).

Les membres du conseil de discipline doivent faire preuve d'impartialité (CE, Sect., 20 juin 1958, *Sieur X...*, Rec.). Dans son acception subjective, qui regarde le comportement individuel des membres du conseil de discipline, le principe d'impartialité implique qu'aucun des membres du conseil de discipline n'ait manifesté à l'égard de l'agent poursuivi une animosité particulière.

L'agent sanctionné pouvait exercer un recours administratif devant une commission de recours dans les trois versants de la fonction publique. La loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a supprimé cette faculté.

De l'inapplicabilité du droit à un procès équitable dans les instances disciplinaires non-juridictionnelles

Les stipulations du paragraphe 1^{er} de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, garantissant le droit à procès équitable, ne sont pas applicables à la procédure suivie devant les conseils de discipline, qui ne sont pas des tribunaux au sens de ces stipulations (CE, 28 septembre 1998, *M. Bernard X...*, n° 159236, T. ; CE, 31 mars 2006, *M. Ralph A...*, n° 276605, T.). En revanche, les juridictions disciplinaires dont certaines catégories d'agents publics relèvent⁵⁵ rentrent dans le champ de ces stipulations (CE, Ass., 14 février 1996, *M. André X...* n° 132369, Rec. ; CE, 12 décembre 2007, *M. Jean-Louis A...*, n° 293301, T.), à moins qu'il ne soit démontré que l'objet

du litige se rapporte à l'exercice de l'autorité étatique ou remet en cause le lien spécial de confiance et de loyauté entre l'intéressé et l'État qui l'emploie (CEDH, 19 avril 2007, *Vilho Eskelinen et autres c/ Finlande*, n° 63235/00). Une juridiction disciplinaire est celle qui, d'une part, exerce directement le pouvoir disciplinaire au lieu seulement de soumettre un avis non-contraignant à l'autorité investie du pouvoir disciplinaire (à l'instar des conseils de discipline) et qui, d'autre part, rend une décision en dernier ressort, c'est-à-dire une décision qui ne peut faire l'objet d'autres recours qu'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État⁵⁶.

⁵⁴ Pour la fonction publique d'État : art. 4 du décret n° 84-961 du 25 octobre 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 6 du décret n° 89-677 du 18 septembre 1989 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 2 du décret n° 89-822 du 7 novembre 1989.

⁵⁵ C'est le cas, par exemple, des magistrats du siège : le *Conseil supérieur de la magistrature* ; des magistrats administratifs : le *Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* (ne sont donc pas concernés les membres du Conseil d'État) ; des magistrats financiers : le *Conseil supérieur des chambres régionales des comptes* (ne sont donc pas concernés les magistrats de la Cour des comptes) ; des enseignants-chercheurs : le *Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche* (art. L. 232-2 du code de l'éducation) statuant en appel des décisions rendues par la section disciplinaire du conseil académique de l'université à laquelle est affecté l'intéressé (art. L. 712-6-2 du même code) ; ou encore du personnel enseignant et hospitalier : la *Juridiction disciplinaire compétente à l'égard des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires* (art. L. 952-22 du code de l'éducation) ; CE, 13 avril 2018, *Conseil départemental de la Ville de Paris de l'ordre des médecins*, n° 406887, T.).

⁵⁶ Cf. par exemple, le Conseil supérieur de la magistrature lorsqu'il siège en formation disciplinaire à l'encontre des magistrats du siège : CE, Ass., 12 juillet 1969, *Sieur L'Étang*, n° 72480, Rec.



FICHE N° 56 :

La sanction disciplinaire

CE, Ass., 13 novembre 2013, M. A...B..., n° 347704, Rec.



L'essentiel

Les sanctions disciplinaires infligées aux agents publics sont soumises à des exigences particulières de légalité et font l'objet d'un contrôle entier du juge administratif, qui vérifie notamment qu'elles présentent un caractère proportionné à la gravité des faits.



Les mots du juge

« Considérant qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir, saisi de moyens en ce sens, de rechercher si les faits reprochés à un agent public ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire constituent des fautes de nature à justifier une sanction et si la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes »

(CE, Ass., 13 novembre 2013, M. A...B..., n° 347704, Rec.)



Commentaire

Les sanctions disciplinaires pouvant être prononcées contre un agent public sont limitativement déterminées par les textes statutaires

À la différence des fautes disciplinaires (v. fiche n° 53), les sanctions disciplinaires sont nécessairement prévues par un texte, car le principe « *nulla poena sine lege* » (pas de peine sans texte) s'applique. L'autorité disciplinaire ne peut donc pas prononcer de sanctions disciplinaires autres que celles énumérées par les textes statutaires.

Les sanctions disciplinaires diffèrent selon les fonctions publiques (État, territoriale et hospitalière) et pour certaines catégories spécifiques d'agents publics (magistrats judiciaires, militaires, fonctionnaires stagiaires, agents contractuels, etc.). Elles sont, en principe, réparties en quatre groupes (trois seulement pour les militaires)⁵⁷ :

- *premier groupe* : avertissement (non-inscrit au dossier individuel) ou blâme, exclusion temporaire d'un maximum de trois jours (avec suspension du traitement) ;

- *second groupe* : abaissement d'échelon à l'échelon immédiatement inférieur, radiation du tableau d'avancement, exclusion temporaire de quatre à quinze jours (avec suspension du traitement), déplacement d'office (seulement dans la fonction publique d'État) ;

- *troisième groupe* : rétrogradation au grade immédiatement inférieur et exclusion temporaire de seize jours à deux ans (avec suspension du traitement) ;

- *quatrième groupe* : mise à la retraite d'office (si l'agent justifie d'une durée minimum de services exigée pour l'ouverture des droits à pension de retraite) et révocation⁵⁸.

Quelle que soit la sanction infligée, l'autorité investie du pouvoir disciplinaire peut rendre publique la décision la prononçant, ainsi que ses motifs⁵⁹.

⁵⁷ Pour la fonction publique d'État : art. 66 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 89 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 81 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 ; pour les militaires : art. L. 4137-2 du code de la défense.

⁵⁸ La révocation et la mise à la retraite d'office pouvaient, jusqu'en 2004, être assorties de la suspension des droits à pension. Cette faculté a été supprimée avec l'abrogation de l'article L. 59 du code des pensions civiles et militaires de retraite (art. 65 de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003), dont l'application a été jugée inconstitutionnelle (atteinte excessive au droit au respect des biens, tel que garanti par les stipulations par l'article 1^{er} du premier protocole de la convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales et des droits de l'homme) lorsqu'elle prive l'intéressé de toutes ressources (CE, 7 janvier 2004, M. Colombani, n° 232465, Rec.).

⁵⁹ Pour la fonction publique d'État : art. 67 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 89 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; faculté inexistant pour la fonction publique hospitalière.



Sont illégales les mesures qui, en réalité, sont des sanctions disciplinaires déguisées

L'autorité administrative ne peut légalement prendre une mesure qui, compte tenu des faits qui la motivent, de ses effets sur la situation professionnelle de l'agent et de l'intention de punir de son auteur, constitue en réalité des sanctions déguisées. La caractérisation d'une telle mesure repose avant tout sur les faits de l'espèce et, spécialement, sur les motifs dont se prévaut l'administration pour la justifier.

Par exemple, présente le caractère d'une sanction disciplinaire déguisée, compte tenu notamment de ses effets sur la situation professionnelle de l'intéressé, la décision qui lui retire son emploi à raison de faits qui lui sont reprochés dans l'exercice de ses fonctions (CE, 5 juillet 1985, n° 47872, Rec.).

En revanche, ne constituent pas une sanction disciplinaire déguisée : une réorganisation du bureau que dirigeait le requérant et tendant à distraire une partie des attributions au profit d'un autre bureau (CE, Sect., 26 mai 1978, *Sieur X...*, n° 08397, Rec.) ou une affectation au service de jour à la suite d'une réorganisation du service de nuit, alors que l'intéressé a déjà fait l'objet d'une sanction disciplinaire et que sa nouvelle affectation est également justifiée par le souci de mettre fin à des conflits au sein de l'équipe de nuit (CE, 27 mars 2009, *M. Claude A...*, n° 301468, T.).

Une sanction disciplinaire déguisée ne peut qu'être annulée, notamment parce qu'elle a été prise sans respecter la procédure disciplinaire (cf. la fiche n° 55 « La procédure disciplinaire ») ou parce qu'elle n'est pas au nombre des sanctions qui peuvent être légalement prises.

La décision prononçant la sanction disciplinaire doit être motivée

La sanction disciplinaire doit être motivée (art. L. 211-2 du CRPA ; art. 19 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983). Outre les éléments de droit, la décision qui prononce une sanction disciplinaire doit comporter les griefs que l'autorité administrative entend retenir à l'encontre de l'agent, de sorte que ce dernier puisse, à la seule lecture

de la décision qui lui est notifiée, connaître les motifs de la sanction qui le frappe. Si l'autorité qui prononce la sanction entend se référer à un avis, le texte de cet avis doit être incorporé et joint à sa décision (CE, 15 juin 2005, n° 260676).

La sanction disciplinaire ne peut prendre effet qu'à la date de sa notification à l'intéressé

La sanction disciplinaire est soumise au principe de non-rétroactivité des actes administratifs. Elle ne peut prendre effet à une date antérieure à sa notification (CE, 19 juin 2015, n° 384176). À défaut, elle est illégale pour la période comprise entre son entrée en vigueur et sa notification et elle sera annulée dans cette mesure. A ce titre, si l'autorité disciplinaire envisage de prononcer une nouvelle sanction après qu'une précédente ait été

retirée ou annulée, elle ne peut lui faire prendre effet à compter de la date de la première sanction (CE, 16 juin 1995, *M. X...*, n° 139177, T.).

En revanche, une sanction disciplinaire peut être abrogée ou retirée sans condition (CE, 29 décembre 1999, *M. Montoya*, n° 185005, Rec. ; repris depuis aux art. L. 243-1 et L. 243-4 du CRPA).

La sanction disciplinaire est soumise au principe non bis in idem

Le principe *non bis in idem* (« nul ne peut être puni deux fois à raison des mêmes faits ») est applicable en matière disciplinaire. Ainsi, l'administration ne peut prononcer qu'une seule sanction pour les mêmes faits (CE, 23 avril 1958, *Commune du Petit-Quevilly*, AJDA 1958, p. 383 ; CE, 18 juin 1975, *Sieur Y...*, n° 93227, T. ; CE, Sect., 17 février 1989, *M. Pierre X...*, n° 77234, Rec.).

En revanche, le principe *non bis in idem* ne fait pas obstacle à ce que l'autorité disciplinaire sanctionne des faits pour lesquels l'agent a déjà été condamné par le juge pénal (cf. la fiche n° 54 « La faute disciplinaire »), ni même à ce qu'elle inflige à un agent une sanction identique à une précédente qui a été préalablement retirée ou annulée pour un motif de forme ou de procédure (CE, 31 mai 1968, *Sieur Y...*, n° 72114, Rec.).

La sanction disciplinaire doit être proportionnée à la gravité des faits reprochés

La sanction disciplinaire ne peut porter que sur des faits dont la matérialité est établie et qui constituent des fautes disciplinaires (cf. la fiche n° 54 « La faute disciplinaire »). En outre, elle doit être proportionnée à la gravité de ces fautes.

Pendant longtemps, l'examen du juge administratif sur l'adéquation entre la gravité des faits et la sévérité de la sanction s'est limité à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (CE, Sect., 9 juin 1978, *M. X...*, n° 5911, Rec.) ou de la disproportion manifeste (CE, Sect., 1^{er} février 2006, *M. Henri-Jacques X...*, n° 271676, Rec.). Il s'agit dorénavant d'un contrôle normal par lequel le juge, statuant en excès de pouvoir, vérifie que l'autorité administrative n'a pas commis d'erreur d'appréciation dans le choix

de la sanction (CE, Ass., 13 novembre 2013, *M. A...B...*, n° 347704, Rec.).

Au stade de la cassation, le Conseil d'État considère que l'examen du caractère proportionné de la sanction au regard de la gravité des fautes commises relève de l'appréciation des juges du fond mais que cette appréciation est, toutefois, susceptible d'être remise en cause dans les cas où la solution qu'ils ont retenue quant au choix, par l'administration, de la sanction est hors de proportion avec les fautes commises (CE, 27 février 2015, *La Poste*, n° 376598, Rec.).

Dans le cas où la sanction est annulée pour erreur d'appréciation de la part de l'administration, une nouvelle



sanction pourra être prononcée, sous réserve des règles de prescription, sans qu'il soit nécessaire de reprendre la procédure dans son ensemble, notamment la communication du dossier ou la saisine du conseil de discipline (CE, 21 juillet 1970, *Sieur Z...*, n° 77400, Rec ; CE, 28 novembre 2003, n° 234898). En revanche, lorsque la sanction est

retirée par l'administration, elle doit, si elle envisage de prononcer une nouvelle sanction, saisir le conseil de discipline, dans l'hypothèse où cette saisine est légalement requise pour la nouvelle sanction envisagée (CE, 8 mars 1968, *Sieur X...*, n° 69156, Rec. ; CE, 28 février 2007, *M. A... et B...*, n° 284858, T.).

Les sanctions disciplinaires sont inscrites au dossier individuel de l'intéressé

À l'exception de l'avertissement, toutes les sanctions sont inscrites au dossier individuel du fonctionnaire.

Toutefois, le blâme (sanction du premier groupe) est automatiquement effacé après trois ans. En outre, le fonctionnaire ayant fait l'objet d'une sanction disciplinaire du deuxième ou du troisième groupe peut, après dix années de services effectifs à compter de la date de la sanction disciplinaire, introduire auprès de l'autorité investie du pouvoir disciplinaire dont il relève une demande tendant à la suppression de toute mention de la sanction prononcée dans son dossier. Un refus ne peut être opposé

à cette demande qu'à condition qu'une autre sanction soit intervenue pendant cette période⁶⁰. Enfin, cette demande n'est pas ouverte au fonctionnaire qui a fait l'objet d'une sanction du quatrième groupe puisque les sanctions de cette nature emportent nécessairement la radiation des cadres, c'est-à-dire la perte de la qualité de fonctionnaire.

Par ailleurs, l'annulation ou le retrait d'une sanction implique nécessairement, du fait de sa disparition rétroactive, que toute mention qui en est faite dans le dossier individuel de l'intéressé soit supprimée (CE, 1^{er} octobre 1997, *M. Jean-Louis X...*, n° 180495, T.).



⁶⁰ Pour la fonction publique d'État : art. 66 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, pour la fonction publique territoriale : art. 89 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, pour la fonction publique hospitalière : art. 81 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

FICHE N° 57 :

La suspension

CE, 22 février 2006, *Ministre de l'agriculture c/ M. X...*, n° 279756, T.



L'essentiel

Un fonctionnaire qui a commis une faute grave peut être suspendu provisoirement dans l'intérêt du service. Le fonctionnaire suspendu est considéré comme étant en position d'activité.



Les mots du juge

« Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le fonctionnaire qui fait l'objet d'une mesure de suspension est maintenu en position d'activité, et dispose dans cette position du droit à congé de maladie en cas de maladie dûment constatée le mettant dans l'impossibilité d'exercer les fonctions qu'il exercerait s'il n'était pas suspendu ; qu'ainsi le droit au congé de maladie ne peut être légalement refusé à un fonctionnaire au seul motif qu'à la date de sa demande il fait l'objet d'une mesure de suspension »

(CE, 22 février 2006, *Ministre de l'agriculture c/ M. X...*, n° 279756, T.)



Commentaire

La suspension n'est pas une sanction disciplinaire

La suspension d'un fonctionnaire est une mesure conservatoire, sans caractère disciplinaire, qui a pour objet d'écarter l'intéressé du service pendant la durée de la procédure disciplinaire (CE, 12 février 2003, *Commune de Sainte-Maxime c/ M. Marc X...*, n° 249498, T.). Elle est donc justifiée par l'intérêt du service, à l'exclusion de toute intention répressive (CE, 7 novembre 1986, *M. Sylvain X...*, n° 59373, T.). Il s'agit d'une prérogative liée à l'exercice du pouvoir hiérarchique reconnue par la jurisprudence à l'autorité administrative, même sans texte (CE, 19 octobre 1938, *Commune de Blida*, Rec. ; CE, 23 novembre 1938, *Sieur X...*, Rec.), de sorte qu'elle peut s'appliquer à un agent contractuel (CE, Ass., 29 avril 1994, *M. Alain X...*, n° 105401, Rec.)⁶¹.

La suspension d'un agent public, prise dans l'intérêt du service, n'est pas une sanction disciplinaire (CE, Assemblée, 13 juillet 1966, n° 52641). Elle n'a donc pas à être précédée du respect des garanties que procure la procédure

disciplinaire (CE, 16 octobre 1987, *Association nationale des psychiatres internes et anciens interne de centres hospitaliers universitaires*, n° 58607, T.) (cf. la fiche n° 55) :

- l'agent n'a pas droit à la communication de son dossier individuel (CE, 22 septembre 1993, *M. Y...*, n° 87033, T.) : bien que l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, tel qu'interprété par la jurisprudence, institue ce droit pour toute décision « prise en considération de la personne », le juge estime dans ce cas particulier que la mesure est prise en considération de l'intérêt du service et non de la personne ;
- la consultation préalable du conseil de discipline n'est pas requise (CE, 3 novembre 1972, *M. A...B...*, n° 77137, T.) ;
- la mesure de suspension n'a pas à être motivée (CE, 7 novembre 1986, *M. Sylvain X...*, n° 59373, T.).

Un fonctionnaire ne peut être suspendu que sous certaines conditions

Ces conditions sont prévues à l'article 30 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, modifié par la loi n° 2016-483 du 20 avril

2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

⁶¹ Aujourd'hui, les agents contractuels de l'État et hospitaliers peuvent être suspendus, dans le cadre d'une procédure disciplinaire, en application de dispositions textuelles – respectivement, l'art. 43 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 et l'art. 39-1 du décret n° 91-155 du 6 février 1991.



En premier lieu, un fonctionnaire ne peut être suspendu que lorsqu'il a commis une faute grave, qu'il s'agisse d'un manquement à ses obligations professionnelles ou d'une infraction de droit commun. Les faits litigieux doivent présenter un caractère suffisant de vraisemblance et de gravité (CE, 11 juin 1997, *M. Benjamin X...*, n° 142167, T. ; CE, 10 décembre 2014, *M. B...A...*, n° 363202, T.), à charge pour l'administration d'abroger la mesure de suspension dès lors que des éléments ultérieurs font apparaître que cette condition n'est plus satisfaite (CE, 18 juillet 2018, n° 418844, Rec.).

L'autorité administrative, qui n'est jamais tenue de prononcer une suspension en cas de faute grave (CE, 25 octobre 2002, *Ministre de l'intérieur c/ M. ...*, n° 247175, T.), doit apprécier l'intérêt de cette mesure pour le service.

En second lieu, la suspension est prononcée pour une durée de quatre mois. L'autorité disciplinaire doit en principe, selon les textes, saisir « sans délai » le conseil de discipline. Cependant, le Conseil d'Etat estime que l'institution du délai de quatre mois a pour objet de limiter les conséquences de la suspension mais ne lie pas l'autorité administrative dans l'exercice de son pouvoir

disciplinaire, la saisine pouvant être d'abord repoussée et même avoir lieu après expiration de la suspension, si l'administration se ravise (CE, 12 février 1988, *Mme Pierrette X...*, n° 72309, Rec.).

La loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 a précisé la portée de ce délai. À son expiration, le fonctionnaire doit, en principe, être restauré dans ses fonctions, à moins qu'y fasse obstacle une sanction disciplinaire prise dans l'intervalle (notamment s'il s'agit d'une exclusion temporaire de service). En cas de poursuites pénales (c'est-à-dire si l'action publique a été mise en mouvement (CE, Section, 19 novembre 1993, n° 74235), il peut également, à titre provisoire, ne pas être rétabli dans ses fonctions précédentes et faire l'objet, par une décision motivée, d'une mutation ou d'un détachement d'office si l'intérêt du service le justifie ou pour satisfaire à des obligations de contrôle judiciaire qui font obstacle à ce qu'il reprenne ses anciennes fonctions.

Certains fonctionnaires peuvent être soumis à des dispositions spécifiques, tels les membres du personnel de l'enseignement supérieur qui peuvent être suspendus pour une durée maximale d'un an, sans privation de traitement (art. L. 951-4 du code de l'éducation).

Le fonctionnaire suspendu provisoirement est considéré comme étant en position d'activité

Même s'il n'exerce pas effectivement ses fonctions, le fonctionnaire suspendu provisoirement est toujours en position d'activité. Il demeure donc placé dans une situation régulière et il n'est pas nécessaire, ni possible, de prendre des mesures rétroactives pour régulariser ou modifier sa position statutaire pendant la période de suspension (CE, 6 mars 2015, n° 368186, T.) (cf. la fiche n° 15 « Le principe de non-rétroactivité des actes de gestion et ses exceptions »).

Il résulte de cette position d'activité que la suspension d'un fonctionnaire n'ouvre aucune vacance d'emploi (CE, Sect., 8 avril 1994, *M. Denis Y...*, n° 145780, Rec.). La nomination d'un autre agent sur cet emploi est nulle et non avenue (CE, 21 juillet 2006, *M. Gérard B...*, n° 279527, T., sur un autre point).

Le fonctionnaire suspendu conserve son traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement et les prestations familiales obligatoires. En revanche, il ne perçoit plus les primes et indemnités liées ou attachées à l'exercice des fonctions (CE, 24 juin 1988, *M. Noël X...*, n° 75797, Rec.). Si sa suspension est prolongée au-delà de quatre mois, il peut subir une retenue qui ne peut être supérieure à la moitié de sa rémunération. Il continue, néanmoins, à percevoir la totalité des suppléments pour charges de famille.

Dans le cas où le fonctionnaire est incarcéré, sa suspension n'est plus nécessaire. Il peut être mis fin à la suspension et aucun traitement ne lui est versé en l'absence de service fait (CE, Sect., 13 novembre 1981, *Commune de Houilles*, n° 27805, Rec.).

La fin de la mesure de suspension

S'agissant d'une mesure prise dans l'intérêt du service, l'administration peut y mettre fin à tout moment (CE, Sect., 13 novembre 1981, *Commune de Houilles*, n° 27805,

La suspension est en outre sans incidence sur l'avancement du fonctionnaire. La durée de la suspension est prise en compte pour le calcul de l'ancienneté et des droits à pension.

Le fonctionnaire suspendu dispose du droit à des congés de maladie (CE, 22 février 2006, *Ministre de l'agriculture c/ M. X...*, n° 279756, T.) ou de longue maladie (CE, 26 juillet 2011, *M. Bruno A*, n° 343837, T.) en cas de maladie dûment constatée le mettant dans l'impossibilité d'exercer les fonctions qu'il exercerait s'il n'était pas suspendu. Il est alors mis fin à la suspension et l'intéressé bénéficie du régime de rémunération afférent à ces congés (CE, 26 juillet 2011, *M. Bruno A...*, n° 343837, T.). A l'issue du congé, l'administration dispose de la possibilité de reprononcer la suspension, si les conditions légales sont toujours remplies. Afin d'éviter le retour de l'agent dans le service, même pour quelques jours, le Conseil d'Etat a admis que l'administration décide de la reprise de la suspension alors que l'agent est encore en congé de maladie : dans une telle hypothèse, la mesure n'entre en vigueur qu'à compter de la date à laquelle le congé prend fin, sa durée étant toutefois décomptée à partir de la signature de la décision qui la prononce (CE, 31 mars 2017, *M. R...*, n° 388109, T.).

Le fonctionnaire suspendu reste tenu par ses obligations professionnelles et déontologiques et notamment à l'obligation de réserve (CE, 10 janvier 1969, *Sieur X...*, n° 74553, Rec.). En revanche, n'exerçant pas ses fonctions, il n'est plus soumis à la limitation du cumul d'un emploi public et d'un emploi privé (CE, Ass., 16 novembre 1956, *Sieur X...*, Rec. ; CE, Ass., 13 juillet 1966, *Fédération de l'éducation nationale*, n° 52641, Rec.).

Rec.). Elle y est même tenue lorsque des éléments nouveaux portés à sa connaissance font apparaître que la condition tenant à la vraisemblance des faits à l'origine



de la mesure n'est plus satisfaite (CE, 18 juillet 2018, n° 418844, Rec.).

Cela n'a nullement pour effet l'abandon des poursuites disciplinaires qui peuvent être engagées ultérieurement,

désormais dans la limite de trois ans à compter du jour où l'administration a eu une connaissance effective de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits passibles de sanction (art. 19 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983).



FICHE N° 58 :

Le licenciement pour insuffisance professionnelle

CE, 4 mars 2011, M. A...B..., n° 329831, T.



L'essentiel

L'administration peut licencier pour insuffisance professionnelle, même sans texte, un agent inapte à exercer normalement les fonctions pour lesquelles il a été engagé ou correspondant à son grade. Il ne s'agit pas là d'une mesure disciplinaire, mais l'administration doit s'entourer de garanties suffisantes au cours de la procédure, en communiquant son dossier à l'agent et en consultant la commission administrative paritaire compétente. L'avis rendu par cette dernière commission ne saurait toutefois lier l'administration et ne peut faire l'objet d'un recours.



Les mots du juge

« Considérant que si l'article 84 de la loi du 9 janvier 1986, relatif à la procédure disciplinaire, après avoir prévu que les fonctionnaires qui ont fait l'objet d'une sanction disciplinaire des deuxième, troisième et quatrième groupes peuvent saisir le conseil supérieur de la fonction publique hospitalière, dispose que : "L'autorité investie du pouvoir de nomination ne peut prononcer de sanction plus sévère que celle proposée par le conseil supérieur de la fonction publique hospitalière", cette dernière règle, liée à l'existence en matière disciplinaire d'une échelle de sanctions entre lesquelles les autorités qualifiées peuvent choisir, n'est pas transposable dans le cas d'insuffisance professionnelle où la seule mesure qui peut intervenir est l'éviction de l'intéressé ; qu'ainsi cette disposition est au nombre de celles qui ne sont pas applicables au licenciement pour insuffisance professionnelle ; qu'il suit de là que l'avis attaqué émis par la commission des recours en application de ces dispositions sur l'insuffisance professionnelle d'un agent licencié pour ce motif ne lie pas l'autorité investie du pouvoir de nomination ; qu'il en résulte que le recours contentieux de l'agent intéressé ou de l'autorité investie du pouvoir de nomination contre un tel avis n'est pas dirigé contre un acte présentant le caractère de décision faisant grief »

(CE, 4 mars 2011, M. A...B..., n° 329831, T.)



Commentaire

Indépendamment des dispositions législatives spéciales à l'une des trois fonctions publiques, le licenciement d'un fonctionnaire est possible dans quatre hypothèses principales :

- au terme d'une mise en disponibilité et après avis de la commission administrative paritaire, lorsque le fonc-

tionnaire refuse successivement trois postes qui lui sont proposés⁶² ;

- en cas d'inaptitude physique définitive à l'exercice des fonctions, si le fonctionnaire n'a pas droit à une pension de retraite pour invalidité (cf. la fiche n° 76 « Inaptitude et reclassement »)⁶³ ;

62 Pour la fonction publique d'État : art. 51 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 72 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 62 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

63 Pour la fonction publique d'État : art. 43 et 49 du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 ; pour la fonction publique territoriale : art. 19 et 26 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 29 et 37 du décret n° 88-976 du 13 octobre 1988.



- en vertu de dispositions législatives de dérogation des cadres prévoyant soit leur reclassement, soit leur indemnisation (pour la fonction publique d'État)⁶⁴ ou en cas de perte d'emploi, lorsque le fonctionnaire refuse successivement trois postes qui lui sont proposés (pour les fonctions publiques territoriale et hospitalière)⁶⁵ ;

- en cas d'insuffisance professionnelle, si le fonctionnaire n'a pas droit à une pension de retraite avec jouissance immédiate⁶⁶.

L'inaptitude du fonctionnaire à exercer les fonctions qui lui sont confiées

Selon une jurisprudence constante, le Conseil d'État estime que le licenciement pour insuffisance professionnelle n'est pas une sanction disciplinaire (CE, 8 mars 1974, *Sieur X...*, n° 86288, T.). Il ne peut légalement être fondé sur des faits qui constituent une faute disciplinaire (CE, 16 octobre 1992, *Chambre d'agriculture des Ardennes*, n° 111381, T.) et, inversement, une éviction pour motif disciplinaire ne peut légalement être motivée par des faits ne constituant pas des fautes disciplinaires mais relevant, au contraire, de l'insuffisance professionnelle (CE, 28 février 1962, *Sieur X...*, T.).

Ce type de licenciement ne peut intervenir pour un motif politique (CE, 8 juillet 1991, *M. Aimé X...*, n° 80145, T., détournement de pouvoir) ou pour un motif exclusivement tiré de l'état de santé (CE, Sect., 25 février 1972, *Sieur X...*, n° 80674, Rec., détournement de procédure), étant précisé que le licenciement pour inaptitude physique n'est envisageable qu'au terme d'une procédure spécifique (cf. la fiche n° 76 « Inaptitude et reclassement »).

Le licenciement pour insuffisance professionnelle d'un agent public ne peut être fondé que sur des éléments révélant l'inaptitude de l'agent à exercer normalement les fonctions pour lesquelles il a été engagé ou correspondant à son grade et non sur une carence ponctuelle dans l'exercice de ces fonctions. Toutefois, une telle mesure ne saurait être subordonnée à ce que l'insuffisance professionnelle ait été constatée à plusieurs reprises au cours de la carrière de l'agent, ni qu'elle ait persisté après qu'il ait été invité à remédier aux insuffisances constatées (CE, 1^{er} juin 2016, *Commune de Sètes*, n° 392621, T.). Il n'est pas nécessaire que ces faits constituent des manquements à une obligation fixée par un texte législatif ou réglementaire (CE, 27 septembre 2000, *Centre national de la recherche scientifique c/ M. X...*, n° 198071, Rec.).

La procédure de licenciement

Quand bien même aucun texte ne le prévoirait, il est toujours loisible à l'autorité de nomination de procéder à un licenciement pour insuffisance professionnelle dès lors qu'il est précédé d'une procédure procurant à l'intéressé des garanties élémentaires, parmi lesquelles le respect du principe du contradictoire (à propos des maîtres-auxiliaires :

Dans ce cadre, le Conseil d'État a pu juger que constituaient des faits de nature à justifier un licenciement pour insuffisance professionnelle :

- l'incapacité d'un directeur des services culturels d'une commune à développer des relations de travail adéquates avec ses équipes, cette insuffisante compétence managériale étant susceptible de compromettre le bon fonctionnement du service public (CE, 20 mai 2016, *Communauté urbaine de Strasbourg*, n° 387105, Rec.) ;

- les faits révélant, de la part d'un fonctionnaire, un manque de diligence et de rigueur dans l'exécution de son travail, une inaptitude à exercer ses tâches professionnelles, un absentéisme important et des difficultés relationnelles dans les équipes au sein desquelles cet agent a été affecté (CE, 17 mars 2004, *M. Jean-Marie X...*, n° 205436, T.).

À l'inverse, ne constituaient pas de tels faits l'inadaptation d'un danseur soliste de l'opéra de Lyon aux besoins du théâtre. En l'espèce, l'agent n'était plus choisi par les chorégraphes invités depuis quatre ans et n'avait participé depuis trois ans qu'à une seule tournée en qualité de remplaçant au cours de laquelle il n'avait pas dansé. Ces faits peuvent, le cas échéant, justifier le non renouvellement du contrat à durée déterminée qui lie le danseur à l'opéra de Lyon lors de ses échéances, mais pas une mesure de licenciement pour insuffisance professionnelle (CE, 29 juillet 1994, *Ville de Lyon c/ M. Bernard X...*, n° 133701, T.).

Les fonctionnaires stagiaires peuvent, lorsqu'ils ont effectué au moins la moitié de leur stage, être licenciés pour insuffisance professionnelle s'ils ne sont pas titulaires dans un autre corps ou cadre d'emplois⁶⁷. Dans cette dernière hypothèse, ils sont réintégrés dans leur corps ou cadre d'emploi d'origine.

CE, 27 mars 1995, *M. Jean-Michel X...*, n° 104274, Rec. ; ou du personnel des chambres consulaires : CE, 11 mars 2011, *Chambre de métiers et de l'artisanat de Maine-et-Loire*, n° 328111, T.). Le Conseil d'État préfère désormais se placer au regard des droits de la défense qui ont valeur constitutionnelle⁶⁸.

64 Art. 69 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984.

65 Pour la fonction publique territoriale : art. 97 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 93 et 94 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

66 Pour la fonction publique d'État : art. 70 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 93 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 88 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

67 Pour la fonction publique d'État : art. 7 du décret n° 94-874 du 7 octobre 1994 ; pour la fonction publique territoriale : art. 46 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et art. 5 du décret n° 92-1194 du 4 novembre 1992 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 37 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 et art. 9 du décret n° 97-487 du 12 mai 1997.

68 Consacré depuis 1976 comme principe fondamental reconnu par les lois de la République, le Conseil constitutionnel fonde désormais les droits de la défense sur l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen (CC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, 2006-535 DC).



Dans une récente décision, le Conseil d'État a ainsi jugé que le principe général des droits de la défense implique que la personne concernée par une procédure de licenciement pour insuffisance professionnelle, après avoir été informée des insuffisances qui lui sont reprochées, soit mise à même de demander la communication de son dossier et ait la faculté de présenter ses observations devant l'autorité appelée à prendre la décision. En revanche, ce principe n'implique pas, lorsque les textes se contentent de prévoir la saisine préalable d'une instance consultative, que cette instance entende l'intéressé, mais seulement que ses membres aient eu, préalablement à leur délibération, communication des observations qu'il a pu présenter devant l'autorité compétente (à propos CE, 26 avril 2018, *Assistance Publique-Hôpitaux de Paris*, n° 409324, T.).

L'obligation de communiquer à l'intéressé son dossier individuel s'impose à l'administration à raison des seules dispositions de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 (CE, 1^{er} mars 1967, *M. X...*, n° 71057, Rec.). Le dossier doit comporter l'ensemble des pièces intéressant la situation administrative de cet agent, y compris celles qui seraient favorables à l'intéressé et que ce dernier pourrait faire valoir au cours de la procédure engagée à son encontre. Cette obligation n'est donc pas satisfaite lorsque l'administration

se contente de communiquer à l'intéressé les éléments sur le fondement desquels elle s'apprête à fonder sa décision de licenciement (CE, 17 mars 2004, *M. Jean-Marie X...* n° 205436, T.).

Pour les fonctionnaires, le statut général exige qu'un licenciement pour insuffisance professionnelle ne puisse être prononcé qu'au terme de la procédure qui doit être observée en matière disciplinaire (cf. la fiche n° 55 « La procédure disciplinaire »)⁶⁹. Les agents publics contractuels doivent, quant à eux, se voir communiquer leur dossier préalablement à leur licenciement dans un délai suffisant⁷⁰.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019, tout comme en matière disciplinaire, l'agent licencié pour insuffisance professionnelle ne peut plus exercer de recours administratif devant une commission de recours dans les trois versants de la fonction publique.

À l'inverse du licenciement pour inaptitude physique, aucun texte législatif ou réglementaire, ni aucun principe n'impose à l'administration de chercher à reclasser un fonctionnaire qui ne parvient pas à exercer des fonctions correspondant à son grade ou aux fonctions pour lesquelles il a été engagé (CE, 18 janvier 2017, n° 390396, Rec.).

Le contrôle du juge

Le juge administratif exerce un contrôle normal sur l'appréciation que porte l'administration lorsqu'elle licencie un agent public pour insuffisance professionnelle (CE, 27 avril 1994, *Centre hospitalier de Roubaix*, n° 147329, T., solution implicite confirmée : CE, 27 septembre 2000, *Centre national de la recherche scientifique c/ M. X...*, n° 198071, Rec.), qu'il soit titulaire (décisions précédentes), stagiaire (CE, 28 février 1997, *Mme Martine Y...X...*, n° 148935,

T.) ou agent contractuel (CE, 28 novembre 1990, *M. X...*, n° 78450, T.).

Il en va ainsi, par exemple, pour les motifs retenus par le président de la République pour justifier le licenciement d'un commissaire de police pour insuffisance professionnelle (CE, 23 février 2005, *M. Romain X...*, n° 262986, T.).

Droit à indemnité

Le licenciement pour insuffisance professionnelle n'intervient que si le fonctionnaire ne peut être admis à la retraite avec jouissance immédiate d'une pension. Il donne droit à une indemnité dont le montant est égal à 75 % du dernier traitement brut (majoré de l'indemnité de résidence et du supplément familial de traitement), multiplié par le nombre d'années de services valables pour la retraite (dans la limite de quinze années)⁷¹.

En l'absence de dispositions prévoyant un partage de la charge de l'indemnité de licenciement pour insuffisance professionnelle entre les établissements auxquels l'agent licencié a été successivement affecté au cours des années de service prises en compte pour le calcul de l'indemnité, celle-ci doit être assumée par le seul établissement qui a prononcé le licenciement (pour la fonction publique

hospitalière : CE, 29 janvier 2014, *Établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes André Virondeau*, n° 356196, T.).

L'indemnité est versée par mensualités qui ne peuvent dépasser le montant du traitement brut perçus par le fonctionnaire licencié.

En revanche, le fonctionnaire stagiaire licencié pour insuffisance professionnelle n'a droit à aucune indemnité.

S'agissant des agents contractuels, ils ont droit à une indemnité égale à la moitié de celle qui leur est due lorsque le licenciement intervient du fait exclusif de l'employeur⁷².

69 Pour la fonction publique d'État : art. 70 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 93 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 88 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

70 Pour les agents contractuels de l'État : art. 45-2 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour les agents contractuels territoriaux : art. 39-2 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour les agents contractuels hospitaliers : art. 41-2 du décret n° 91-155 du 6 février 1991.

71 Pour la fonction publique d'État, cf. l'art. 61 du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 ; pour la fonction publique territoriale, cf. le décret n° 85-186 du 7 février 1985 ; pour la fonction publique hospitalière, cf. l'arrêté du 19 décembre 1983 relatif à l'indemnisation des agents des établissements d'hospitalisation publics et de certains établissements à caractère social licenciés pour insuffisance professionnelle. Cet arrêté est applicable en lieu et place du décret prévu par l'article 88 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 (CE, 29 janvier 2014, *Établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes André Virondeau*, n° 356196, T. sur un autre point).

72 Pour les agents contractuels de l'État : art. 54 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour les agents contractuels territoriaux : art. 46 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour les agents contractuels hospitaliers : art. 50 du décret n° 91-155 du 6 février 1991.



FICHE N° 59 :

Les conséquences indemnitaires d'une éviction irrégulière

CE, Sect., 6 décembre 2013, *Commune d'Ajaccio*, n° 365155, Rec.



L'essentiel

Tout fonctionnaire ayant subi une éviction irrégulière a le droit de demander réparation de l'intégralité du préjudice consécutif à la perte de son traitement et à la privation d'une chance sérieuse de percevoir les indemnités légalement attachées à son emploi, à l'exception de celles destinées à compenser des frais ou des charges spécifiques.



Les mots du juge

« Considérant qu'en vertu des principes généraux qui régissent la responsabilité de la puissance publique, un agent public irrégulièrement évincé a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a effectivement subi du fait de la mesure illégalement prise à son encontre ; que sont ainsi indemnisables les préjudices de toute nature avec lesquels l'illégalité commise présente, compte tenu de l'importance respective de cette illégalité et des fautes relevées à l'encontre de l'intéressé, un lien direct de causalité ; que, pour l'évaluation du montant de l'indemnité due, doit être prise en compte la perte du traitement ainsi que celle des primes et indemnités dont l'intéressé avait, pour la période en cause, une chance sérieuse de bénéficier, à l'exception de celles qui, eu égard à leur nature, à leur objet et aux conditions dans lesquelles elles sont versées, sont seulement destinées à compenser des frais, charges ou contraintes liés à l'exercice effectif des fonctions ; qu'enfin, il y a lieu de déduire, le cas échéant, le montant des rémunérations que l'agent a pu se procurer par son travail au cours de la période d'éviction »

(CE, Sect., 6 décembre 2013, *Commune d'Ajaccio*, n° 365155, Rec.)



Commentaire

Éviction illégale vaut réparation intégrale... sous réserve de certaines conditions

Un acte annulé est censé n'être jamais intervenu. Lorsque le juge annule un acte ayant évincé irrégulièrement un agent du service (licenciement, radiation, révocation, etc.), l'administration doit donc tirer les conséquences nécessaires de cette disparition rétroactive, en fonction des lois et des règlements applicables. L'agent n'étant plus censé avoir été évincé du service, il doit être réintégré dans les cadres. C'est là une différence très sensible avec la situation des salariés en droit du travail : toute éviction annulée par le juge emporte droit à réintégration.

La loi ayant institué une fonction publique de carrière qui garantit au fonctionnaire une carrière continue dans son corps avec une progression à l'ancienneté et au choix, la réintégration doit se faire, pour l'avenir, en fonction de ce qui se serait passé si l'agent n'avait jamais été évincé du service. Il faut donc procéder à une reconstitution

rétroactive de la carrière de l'agent en prenant les actes de classement et de promotion qui auraient dû avoir lieu (CE, 26 décembre 1925, *Sieur A...*, n° 88369, Rec.). La reconstitution implique également de reconstituer les droits à pension de retraite que l'agent aurait acquis en l'absence d'éviction illégale (CE, 9 novembre 1994, *Mme Suzanne X ...*, n° 120111, T. ; CE, 7 octobre 1998, *M. Michel X...*, n° 186909, T. ; CE, 5 mars 2009, *M. Christian A...*, n° 292383, T. ; CE, 23 décembre 2011, *M. A...B...*, n° 324474, Rec.) (cf. la fiche n° 95 « L'annulation rétroactive et ses conséquences »).

Pour le passé, le Conseil d'État reconnaît de longue date la possibilité pour tout agent public qui le demande expressément d'obtenir le versement d'une indemnité destinée à couvrir la totalité du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière (CE, Ass., 7 avril 1933, *Sieur X...*, n° 04711, Rec.).



Ce droit s'applique également dans les litiges où l'agent public ne demande pas l'annulation de l'acte d'éviction mais sollicite uniquement le versement d'une indemnité en réparation de l'illégalité dont elle est entachée (CE, 22 septembre 2014, *Mme A...B...*, n° 365199, T.).

D'une part, il faut souligner que, pour le juge administratif, la notion d'« éviction irrégulière » ne renvoie pas uniquement à des actes de gestion d'une particulière gravité pour les agents publics, tels que la révocation (ce fut le cas précisément de l'affaire *X...*), la mise à la retraite d'office (CE, 18 juillet 2008, *M. Daniel A...*, n° 304962, Rec.), le licenciement pour insuffisance professionnelle ou encore le licenciement d'un agent contractuel (CE, 16 avril 1969, *Chambre de métiers du Nord*, n° 72346, T.), c'est-à-dire des actes qui emportent la rupture définitive de tout lien avec la fonction publique. En effet, l'indemnisation de l'agent public à raison d'une « éviction » est également due lorsque le préjudice est établi dans des situations moins exceptionnelles de la vie administrative. En ce sens, il peut s'agir, par exemple :

- d'une absence d'affectation (CE Sect., 6 novembre 2002, *M. Jean-Claude X...* n° 227147, Rec.) ;
- d'une affectation sur un emploi vacant mais sans attribution (CE, 9 avril 1999, *M. Maurice X...*, n° 155304, T.) ;
- d'une décision mettant fin irrégulièrement au détachement d'un fonctionnaire (CE, Sect., 6 décembre 2013, *Commune d'Ajaccio*, n° 365155, Rec.) ;
- de l'éviction illégale du dispositif d'astreinte (CE, 26 juillet 2018, *M. B...A...*, n° 410724, T.).

Ainsi, le fait générateur peut être relatif à l'occupation irrégulière d'un emploi public : l'éviction demeure effectivement constitutive, dans une telle hypothèse, d'un préjudice de carrière.

D'autre part, à supposer que le fonctionnaire ait été irrégulièrement évincé, la nature de l'illégalité ainsi commise et le comportement du fonctionnaire concerné peuvent conduire à exonérer l'administration de tout ou partie du versement de l'indemnisation. Autrement dit, l'indemnité n'est pas nécessairement due, ni intégralement versée. Par exemple, le Conseil d'État a procédé, en raison de la faute imputable à l'agent, à un abattement sur l'indemnisation d'environ 50 % dans la décision *X...* où il annule la révocation d'un fonctionnaire pour vice de procédure.

Un périmètre d'indemnisation qui, au-delà de la réparation du traitement, est à géométrie variable

Dans sa dimension temporelle, la réparation du préjudice réellement subi couvre la période allant de la date d'effet de la décision d'éviction jusqu'à la date de réintégration du fonctionnaire, celui-ci étant en droit de réclamer de nouvelles indemnités si l'administration tarde à le réintégrer ou s'y oppose (CE, 17 juin 1981, *Commune de Saint-Germain-d'Esteuil*, n° 12853, T.). Lorsque l'agent n'a pas demandé l'annulation de l'acte d'éviction lui-même (et n'a donc pas droit à réintégration), mais demande seulement une indemnité du fait de son éviction illégale, il a droit à une indemnité calculée pour solde de tout compte (CE, 22 septembre 2014, *Mme A...B...*, n° 365199, T.).

Lorsque l'importance des insuffisances des capacités professionnelles (CE, 18 juin 1986, *Mme Marguerite X...*, n° 49813, Rec.) ou la gravité des fautes commises (CE, 21 avril 1967, *Département de la Mayenne c/ M. X...*, n° 69256, Rec.) l'imposent, le droit à indemnité peut ne pas être reconnu, notamment si la décision n'est entachée que d'une illégalité externe. Dans cette hypothèse, le juge estime que le préjudice subi du fait de la perte d'emploi est causé par la faute de l'agent et non par l'erreur procédurale commise par l'administration (CE, Sect., 19 juin 1981, *Mme X...*, n° 20619, Rec.).

Plus récemment, le Conseil d'État a admis le même raisonnement pour une sanction entachée d'une illégalité interne car l'annulation ne remettait pas en cause la sanction évinçant définitivement l'agent, mais seulement la suspension de ses droits à pension (CE, 5 octobre 2016, *M. A...B...*, n° 380783, T.).

Autrement dit, le juge peut rechercher si, compte tenu des fautes commises par l'agent et de la nature de l'illégalité entachant la sanction, la même sanction ou une sanction emportant les mêmes effets aurait pu être légalement prise par l'administration. En revanche, il n'est jamais tenu, pour apprécier l'existence ou l'étendue des préjudices qui présentent un lien direct de causalité avec l'illégalité de la sanction, de rechercher la sanction qui aurait pu être légalement prise par l'administration, sauf à substituer son appréciation à celle de l'administration (CE, 28 mars 2018, *M. B...A...*, n° 398851, T.).

Lorsque le principe de l'indemnisation est acquis, l'agent public concerné est indemnisé, outre la perte de rémunération, des divers chefs de préjudice résultant de l'éviction illégale. Le Conseil d'État a ainsi reconnu la possibilité de se prévaloir d'un préjudice moral (CE, 9 avril 1999, *M. Maurice X...*, n° 155304, T.), de troubles dans les conditions d'existence (CE, Sect., 7 février 1958, *Ministre de l'intérieur c/ Sieur X...*, Rec.) ou encore d'un préjudice matériel distinct de la perte de rémunération (CE, 23 mai 1969, *Dlle X...*, n° 72772, Rec.) ; à propos de la perte du logement de fonction, CE, 6 décembre 1972, *Consorts Poncet*, n° 83466, T. et CE, 13 janvier 1988, *Consorts Louchart*, n° 75278, T.).

La détermination du périmètre de l'indemnisation du préjudice subi du fait de la perte de rémunération du fonctionnaire mérite un développement particulier.

Dans sa dimension matérielle, la décision *Commune d'Ajaccio* distingue deux cercles de réparation de la perte de rémunération, selon une approche qui se fonde sur l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983.

D'une part, le premier cercle concerne la perte du traitement du fonctionnaire qui est réparée de plein droit. En droit comme en pratique, ce « *noyau dur* » ne pose guère de problèmes. En effet, l'évolution théorique du traitement est, pour la période considérée, calculée à partir d'éventuelles revalorisations, de l'avancement d'échelon, automatiquement lié l'ancienneté et, le cas



échéant, de l'avancement de grade, opéré au choix et donc plus complexe à établir, même s'il peut être apprécié en calculant la moyenne de l'ancienneté des agents qui détiennent le même grade ou classe dans le corps auquel appartient le fonctionnaire irrégulièrement évincé et qui ont été promus au grade d'avancement au titre du ou des précédents tableaux (par analogie : CE, 26 novembre 2012, *Ministre de l'écologie c/ M. A...*, n° 350953, T.).

En outre, dès lors que, antérieurement à son éviction, un complément de rémunération à caractère forfaitaire et soumis à retenues pour pension, quelle que soit sa dénomination, était versé au fonctionnaire, le juge administratif estime qu'il s'agit d'un supplément de traitement (CE, 7 novembre 1969, *Sieur Y...*, n° 73698, Rec.). Ainsi, ces « accessoires », qui viennent s'ajouter au traitement indiciaire, se rattachent au premier cercle de la réparation : étant automatiquement versés par l'employeur, le préjudice subi par l'agent évincé paraît certain.

D'autre part, le second cercle porte sur la perte des primes et indemnités qui ne sont pas prises en compte, en règle générale, pour la constitution des droits à pension. Selon la décision *Commune d'Ajaccio*, lorsque la chance de percevoir une prime ou une indemnité était sérieuse, l'agent a droit à leur inclusion dans l'assiette de réparation.

S'agissant des conditions dans lesquelles la perte de chance est indemnisée, le principe est que l'intéressé doit justifier d'une chance sérieuse d'obtenir l'avantage, le gain ou le droit invoqué. Il faut relever que, de longue date, le juge administratif reconnaît le droit à la réparation de la perte d'une chance d'obtenir un avantage, un gain ou un droit lorsqu'elle est imputable à une faute d'une personne publique en matière de fonction publique (pour la privation d'une chance sérieuse de nomination ou de promotion dont le degré raisonnable de certitude suffit à fonder le droit à indemnité de l'intéressé : CE, Sect., 3 août 1928, *Sieur X...c/ Gouvernement général de l'Indochine*, n° 85995, Rec.).

Toutefois, une distinction interne à ce second cercle est posée par la jurisprudence administrative. Au sein de la

« nébuleuse » constituée par ces primes et indemnités, celles qui sont « seulement destinées à compenser des frais, charges ou contraintes liés à l'exercice effectif des fonctions » n'entrent pas dans l'assiette des dommages et intérêts pouvant être réparés. N'est donc pas indemnisable toute prime ou indemnité qui, même versée de façon forfaitaire à l'agent, tient compte des contraintes « objectives » résultant de son affectation. Dès lors que la contrainte compensée par l'indemnité n'a objectivement pas pesé sur l'agent public (du fait même de son éviction), cette indemnisation conduirait à un enrichissement sans cause. En revanche, sont indemnisables au titre du second cercle les primes et indemnités afférentes à la manière de servir de l'agent ou à sa charge de travail, à la condition que l'intéressé a été réellement privé d'une chance sérieuse de les percevoir.

Il revient au juge administratif de procéder à une analyse au cas par cas pour déterminer si telle prime ou indemnité, à raison de son fait générateur, se rattache à cette logique de compensation des frais, charges ou contraintes liés à l'exercice effectif des fonctions. En effet, comme l'a rappelé le rapport « *Pêcheur* » du 29 octobre 2013 sur la fonction publique l'administration mobilise fréquemment le levier indemnitaire qui permet souvent, indépendamment de la logique indiciaire, de valoriser l'exercice de certains emplois. Eu égard à la multiplicité de ces indemnités et à la diversité de leur finalité, ce second cercle fait donc l'objet d'une approche pragmatique.

Enfin, l'indemnité ne doit pas enrichir l'agent évincé. Afin de compenser exactement le préjudice subi, elle est donc calculée en effectuant la différence entre, d'une part, l'ensemble des revenus, traitement et indemnités, que l'agent aurait perçu s'il n'avait pas été illégalement évincé et, d'autre part, le montant des rémunérations que l'agent a pu se procurer par son travail au cours de la période d'éviction, soustraction faite des cotisations sociales afférentes (CE, 24 juin 1992, *M. Jean Y...*, n° 93895, T. ; CE, Sect., 6 décembre 2013, *Commune d'Ajaccio*, n° 365 155, Rec.) ou, le cas échéant, le montant des sommes reçues au titre de l'assurance chômage (CE, 23 janvier 1985, *Commune de Saint-Lin*, n° 45494, T.).



FICHE N° 60 :

La démission

CE, Sect., 27 avril 2011, *M. Donald A...*, n° 335370, Rec.



L'essentiel

Eu égard à la portée d'une démission et à l'exigence, posée par la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, qu'elle soit régulièrement acceptée, le délai de quatre mois prévu par l'article 58 du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 imparti à l'administration pour notifier une décision expresse d'acceptation ou de refus présente un caractère impératif. Si l'administration ne s'est pas prononcée dans ce délai, elle se trouve dessaisie de l'offre de démission. L'éventuelle décision prise par l'administration au-delà de ce délai est donc illégale. En outre, dans l'hypothèse où l'administration ne se prononce pas dans ce délai, elle doit être regardée comme ayant refusé de statuer sur cette offre. Le fonctionnaire peut donc en demander l'annulation pour excès de pouvoir.



Les mots du juge

« Considérant qu'aux termes de l'article 24 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : "La cessation définitive de fonctions qui entraîne radiation des cadres et perte de la qualité de fonctionnaire résulte : / (...) 2° De la démission régulièrement acceptée (...)" et qu'aux termes de l'article 58 du décret du 16 septembre 1985 : "La démission ne peut résulter que d'une demande écrite de l'intéressé marquant sa volonté expresse de quitter son administration ou son service. Elle n'a d'effet qu'autant qu'elle est acceptée par l'autorité investie du pouvoir de nomination et prend effet à la date fixée par cette autorité. La décision de l'autorité compétente doit intervenir dans le délai de quatre mois à compter de la réception de la demande de démission"; Considérant, d'une part, que, eu égard à la portée d'une démission et à l'exigence, posée par la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, qu'elle soit régulièrement acceptée, il résulte des dispositions précitées du décret du 16 septembre 1985 que, si l'autorité investie du pouvoir de nomination dispose d'un délai de quatre mois pour notifier une décision expresse d'acceptation ou de refus, sans que puisse naître, à l'intérieur de ce délai, une décision implicite de rejet, elle se trouve dessaisie de l'offre de démission à l'expiration de ce délai, dont le respect constitue une garantie pour le fonctionnaire, et ne peut alors se prononcer légalement que si elle est à nouveau saisie dans les conditions prévues par l'article 58 du décret précité ; Considérant, d'autre part, que, dans l'hypothèse où l'autorité compétente ne s'est pas prononcée dans le délai de quatre mois, elle doit être regardée comme ayant refusé de statuer sur l'offre de démission du fonctionnaire ; que celui-ci est recevable à contester devant le juge de l'excès de pouvoir cette décision de refus de statuer »
(CE, Sect., 27 avril 2011, *M. Donald A...*, n° 335370, Rec.)



Commentaire

Envisagée à l'article 24 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, la « démission régulièrement acceptée » entraîne, à l'initiative de l'agent, la rupture définitive de sa relation d'emploi avec l'administration. Elle doit révéler la volonté non équivoque de l'agent de cesser ses fonctions, ce qui implique notamment que celui-ci soit en état d'apprécier

la portée de sa décision (CE, 22 mai 1968, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mlle X...*, n° 73483, T.). Ainsi, par exemple, la démission qui aurait été donnée sous l'empire de la contrainte ne peut être légalement acceptée et donner lieu à la radiation des cadres de l'intéressé (CE, 22 juin 1994, *Commune de Lançon-Provence*, n° 124183,



T.). L'administration peut engager sa responsabilité fautive à raison de la contrainte exercée sur l'agent en vue de provoquer sa démission (CE, 28 avril 1976, *M. X...* n° 88065, T.).

À l'inverse, l'administration peut, sous le contrôle du juge, regarder comme comportant une démission une lettre dans laquelle le fonctionnaire, sans expressément présenter sa démission, reconnaît comme rompu le lien l'unissant au service (CE, 29 avril 1983, *M. X...*, n° 36805, T.).

La procédure de démission est encadrée par les statuts

Concernant les fonctionnaires d'État, la procédure de démission est fixée par le décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 dont l'article 58 dispose que : « *La démission ne peut résulter que d'une demande écrite de l'intéressé marquant sa volonté expresse de quitter son administration ou son service. Elle n'a d'effet qu'autant qu'elle est acceptée par l'autorité investie du pouvoir de nomination et prend effet à la date fixée par cette autorité. / La décision de l'autorité compétente doit intervenir dans le délai de quatre mois à compter de la réception de la demande de démission* ».

Les effets de la démission sont précisés par l'article 59 du même décret, aux termes duquel : « *L'acceptation de la démission la rend irrévocable. Elle ne fait pas obstacle, le cas échéant, à l'exercice de l'action disciplinaire, en raison de faits qui n'auraient été révélés à l'administration qu'après cette acceptation* ». En outre, « *si l'autorité compétente refuse d'accepter la démission, l'intéressé peut saisir la commission administrative paritaire* ». La commission

émet alors un avis motivé qu'elle transmet à l'autorité compétente.

Les fonctionnaires territoriaux et hospitaliers sont soumis à des dispositions identiques, dans leur principe⁷³. Les procédures de démission sont comparables à celle de la fonction publique d'État, à la différence que le législateur a fixé lui-même le délai dans lequel l'autorité administrative doit se prononcer. Celui-ci est d'un mois (et non de quatre mois) et l'acceptation de la démission la rend irrévocable.

Les fonctionnaires stagiaires⁷⁴ et les agents publics contractuels⁷⁵ sont soumis à des dispositions spécifiques qui précisent, notamment, la durée du préavis qu'ils sont tenus de respecter avant de cesser le service.

La faculté pour l'administration d'accepter ou de refuser une démission n'est, en revanche, enfermée dans aucune condition de délai pour les magistrats judiciaires et les militaires.

Un fonctionnaire peut retirer sa proposition de démission ou attaquer la décision de l'administration statuant sur celle-ci

La jurisprudence du Conseil d'État a longtemps été peu abondante sur cette question. Celui-ci s'est tout d'abord prononcé sur la nature du délai imparti à l'administration pour statuer sur une offre de démission (CE, 24 octobre 1962, *Sieur Mériot*, Rec.). À l'époque, l'article 131 de la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 prévoyait que l'autorité compétente devait se prononcer sur l'offre de démission d'un fonctionnaire dans un délai d'un mois. En l'espèce, l'administration avait accepté la démission de l'intéressé six mois après sa demande, en prévoyant expressément qu'elle prenait effet rétroactivement. L'intéressé avait porté le litige devant la juridiction administrative pour ne pas rembourser les frais de scolarité qui lui étaient réclamés, en invoquant la méconnaissance du délai fixé par la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946. Le Conseil d'État avait jugé que ce délai ne présentait qu'un caractère indicatif : sa méconnaissance n'avait pas incidence sur la légalité de la décision par laquelle l'administration accorde ou refuse ultérieurement la démission de l'agent, ce dernier ayant toujours la possibilité de revenir sur sa demande tant que celle-ci n'a pas été acceptée (CE, 14 janvier 1916, *Docteur Magé*, Rec.).

Lorsque ce délai a été fixé à quatre mois pour les fonctionnaires de l'État, les juges du fond ont transposé la jurisprudence *Mériot* pour regarder ce délai comme indicatif.

Cependant, le Conseil d'État a renversé sa jurisprudence en regardant ce délai comme impératif dans sa décision *Jenkins* (CE, Sect., 27 avril 2011, n° 335370, Rec.). Cette solution permet en effet à l'agent de conserver une certaine visibilité vis-à-vis de son administration comme d'un employeur à venir. Compte tenu des effets d'une démission qui, dès lors qu'elle a été acceptée, est irrévocable et entraîne la rupture définitive entre l'administration et son agent, le Conseil d'État a souhaité dénier à l'administration la possibilité d'accepter la démission à un moment qui lui semblerait opportun, en fonction des contraintes du service, au-delà du délai réglementaire de quatre mois. En cas de dépassement du délai, il suffit que le fonctionnaire confirme sa volonté de démissionner au-delà de l'expiration du délai pour que l'administration puisse de nouveau statuer dans le délai de quatre mois qui lui est ouvert. Enfin, durant ce délai de quatre mois, le fonctionnaire peut à tout moment retirer sa démission tant que l'administration ne l'a pas acceptée ainsi que l'a admis la décision précitée *Docteur Magé* (CE, 14 janvier 1916, Rec.). Si la démission doit intervenir par écrit, elle peut être retirée par simple appel téléphonique (CE, 30 avril 2004, *Société Ubifrance*, n° 232264, T.).

La décision *Jenkins* se prononce également sur les possibilités du fonctionnaire concerné de contester, le cas

73 Pour la fonction publique territoriale : art. 96 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 87 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

74 Pour la fonction publique d'État : art. 9 du décret n° 94-874 du 7 octobre 1994 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 11 du décret n° 97-487 du 12 mai 1997 (aucune disposition ne règle spécialement la question pour les fonctionnaires stagiaires de la fonction publique territoriale).

75 Pour les agents contractuels de l'État : art. 48 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour les agents contractuels territoriaux : art. 39 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour les agents contractuels hospitaliers : art. 45-1 du décret n° 91-155 du 6 février 1991.



échéant, l'inertie de l'administration à l'expiration du délai. À l'expiration du délai prévu (un ou quatre mois selon), le silence gardé par l'administration fait naître une décision implicite de refus de statuer que le fonctionnaire souhaitant démissionner peut attaquer en invoquant, notamment, l'absence de justification de ce refus de statuer au regard de l'intérêt du service.

La décision *Jenkins* a vocation à s'appliquer à l'ensemble des hypothèses de démissions d'agents publics enfermées dans un délai quelconque, afin d'accorder à l'ensemble des agents de la fonction publique le même degré de protection.

Les incidences d'une démission du point de vue de l'ancien agent public

En premier lieu, lorsque un fonctionnaire démissionne avant d'avoir accompli les années de service pour lesquelles il s'était engagé, il doit, en contrepartie de la rupture de son engagement, verser à l'État une indemnité, laquelle n'est pas une sanction (CE, 22 février 2006, *M. Bertrand X...*, n° 258555, T.)⁷⁶.

En deuxième lieu, l'agent démissionnaire reste soumis à l'article 25 octies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 qui interdit, pendant une durée de trois ans, toute activité lucrative incompatible avec les fonctions que l'intéressé a exercé au cours des trois années précédant la cessation définitive de fonctions. Pendant cette période, il est tenu d'avertir son ancienne administration de tout changement d'activité, trois mois au plus tard avant l'exercice de cette nouvelle activité⁷⁷.

En troisième et dernier lieu, l'agent démissionnaire peut prétendre au bénéfice des prestations de l'assurance chômage s'il justifie d'un motif légitime à l'appui de sa démission. Il appartient à l'autorité administrative compétente d'apprécier, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si les motifs de cette démission permettent d'assimiler celle-ci à une perte involontaire d'emploi au sens des dispositions de l'article L. 5422-1 du code du travail (CE, 13 novembre 1991, *Centre hospitalier de Bressuire*, n° 85793, T., et deux autres décisions du même jour : *Mme Marie-Thérèse X...*, n° 90418, T. et *Mme X...*, n° 86933, T. ; CE, 1^{er} octobre 2001, *Commune de Bouc-Bel-Air*, n° 215499, Rec.).

⁷⁶ À titre d'illustration, sont concernés les élèves lauréats de l'École nationale d'administration pénitentiaire (trois ans), les écoles de police (quatre ans en principe), les instituts régionaux d'administration (cinq ans), l'École nationale de la santé publique (cinq ans), l'École nationale des finances publiques (huit ans), l'École nationale des douanes (huit ans), l'École nationale d'administration (dix ans), l'École polytechnique (dix ans) ou encore les fonctionnaires hospitaliers qui bénéficient d'une action de formation rémunérée (art. 100-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière).

⁷⁷ Décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics et certains agents contractuels de droit privé ayant cessé leurs fonctions, aux cumuls d'activités et à la commission de déontologie de la fonction publique.



FICHE N° 61 :

L'abandon de poste

CE, Sect., 11 décembre 1998, M. René X..., n° 147511, Rec.



L'essentiel

L'article 24 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 qui liste les motifs de cessation définitive d'activité entraînant radiation des cadres et perte de la qualité de fonctionnaire, ne mentionne pas l'abandon de poste. Ce dernier est toutefois évoqué par incident dans le statut de la fonction publique d'État (art. 69 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984) et celui de la fonction publique hospitalière (art. 88 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986). Alors que les statuts confèrent aux fonctionnaires un certain nombre de garanties, l'abandon de poste présente la singularité de permettre la révocation d'un agent sans lui communiquer son dossier ou poursuivre une procédure contradictoire, ce qui explique le caractère controversé de ce dispositif et son encadrement rigoureux par la jurisprudence.



Les mots du juge

« Considérant qu'une mesure de radiation des cadres pour abandon de poste ne peut être régulièrement prononcée que si l'agent concerné a, préalablement à cette décision, été mis en demeure de rejoindre son poste ou de reprendre son service dans un délai qu'il appartient à l'administration de fixer ; qu'une telle mise en demeure doit prendre la forme d'un document écrit, notifié à l'intéressé et l'informant du risque qu'il encourt d'une radiation des cadres sans procédure disciplinaire préalable » (CE, Sect., 11 décembre 1998, M. René X..., n° 147511, Rec.)



Commentaire

Un critère principal : la rupture du lien avec le service

Lorsqu'un agent n'assure plus son service ou refuse de rejoindre son poste après une interruption d'activité, comme dans le cas d'un congé-maladie, sans raison valable (critère dont on peut appréhender les contours grâce à la jurisprudence du Conseil d'État), l'administration peut considérer qu'il rompt son lien avec le service et procéder à son licenciement.

Sur ce fondement, le Conseil d'État a pu regarder comme constituant un abandon de poste, ayant entraîné la rupture du lien avec le service :

- la non-reprise de ses fonctions à l'expiration d'un congé de maladie malgré une ou plusieurs mises en demeure (CE, 21 avril 1967, *Sieur X...*, n° 70396, T. ; CE, 30 octobre 1968, *Sieur X...*, n° 71065, Rec.) ;

- la non-reprise de ses fonctions à l'expiration d'un congé de maladie et l'absence de toute démarche (pendant 36 ans) en vue d'être placé en situation régulière (CE, 4 octobre 1968, *Sieur X...*, n° 60201, Rec.) ;

- le même comportement de la part d'un fonctionnaire communal qui, ayant été mis en demeure de reprendre ses fonctions, s'est présenté devant son administration et a refusé de reprendre le travail sur la base d'un certificat médical qui n'apportait aucun élément nouveau relatif à son état de santé, alors qu'il avait été déclaré apte à reprendre ses fonctions à la suite de trois expertises effectuées par des médecins assermentés durant les mois précédant la mise en demeure (CE, 5 avril 1991, *Ville d'Angers c/ M. Belkacem X...*, n° 112550, Rec. ; ou par analogie, CE, 30 octobre 1987, *Ville de Savigny-sur-Orge c/ M. X...*, n° 67230, T.).

Dans ces hypothèses, est sans incidence la circonstance qu'un fonctionnaire a déclaré son intention de ne pas quitter définitivement le service (CE, 13 décembre 2002, *Ministre de l'équipement c/ M. X...*, n° 223151, T.).

En revanche, ne constituent pas un abandon de poste :

- une absence irrégulière de dix jours au terme de laquelle l'intéressé a produit un certificat médical lui prescrivant



- un arrêt de travail de trois mois (CE, 10 janvier 1968, *Ministre des affaires sociales c/ Sieur Y...*, n° 72991, T.) ;
- le comportement d'un fonctionnaire qui, suivant un stage dans le cadre d'une formation continue, a cessé d'assurer le service qui lui était confié dans ce cadre mais s'est présenté chaque jour à l'établissement dans lequel le stage s'effectuait pour y rester plusieurs heures (CE, 27 février 1981, *Mlle Danielle A...*, n° 14959, Rec.) ;
- le refus d'un fonctionnaire, à la suite d'un congé maladie, d'occuper le poste sur lequel il a été affecté entre-temps, au motif qu'il aurait constitué un déclassement par rapport à celui qu'il occupait auparavant, et qui s'est néanmoins présenté à son administration d'origine à la fin de son congé (CE, 4 juillet 1997, *Mme Zohra X...*, n° 176360, T.) ;
- le refus, par un agent de la fonction publique territoriale pris en charge, à la suite de la suppression de son emploi, par un centre de gestion d'accomplir une mission temporaire correspondant à son grade (CE, 25 février 1998, *Centre de gestion de la fonction publique territoriale de Seine-Maritime c/ Mme Y...*, n° 171018, T.) ;
- le fait de participer à une grève déclenchée en méconnaissance des prescriptions du code du travail (CE, 7 juillet 1999, *Mme Emilie X...* n° 191534, T.) ;
- le fait de se soustraire de façon systématique aux contrôles médicaux prévus par la réglementation en vigueur, (CE, 18 octobre 1978, *Sieur X...*, n° 96185, T.) ;
- le refus d'un agent, dont le handicap a été reconnu par la médecine du travail, d'occuper un poste contre-indiqué pour son état de santé (CE, 26 juin 1991, *Bureau d'aide sociale de Paris c/ Mme Christine X...*, n° 90755, T.).

En cas de radiation injustifiée, l'agent est en droit de demander une indemnisation. Le Conseil d'État a précisé à ce titre qu'une juridiction, saisie de conclusions indemnitaires par un agent ayant obtenu l'annulation pour excès de pouvoir de sa radiation des cadres, ne doit pas rechercher si la mesure de radiation des cadres était justifiée au fond (CE, 26 septembre 2014, *Mme A...B...*, n° 365918, T.).

Les règles à respecter pour procéder à une radiation des cadres pour abandon de poste

De nombreuses décisions sont venues encadrer la procédure dérogatoire que constitue une radiation des cadres pour abandon de poste. La décision par laquelle un agent public est ainsi radié des cadres doit d'une part, être motivée, en application des dispositions de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, désormais codifiées dans le code des relations entre le public et l'administration (CE, 30 janvier 1991, *Mme Paulette X...*, n° 92845, T.) et, d'autre part, comporter la signature et la mention des prénom, nom et qualité de l'auteur de la décision, sur le fondement des dispositions de l'article 4 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, désormais, reprises à l'article L. 212-1 du CRPA (CE, 15 novembre 2006, *Mme Marie-Claude A...*, n° 280424, T.).

L'agent concerné doit en outre avoir été mis en demeure de rejoindre son poste ou de reprendre son service dans un délai approprié qu'il appartient à l'administration de fixer. Pour être régulière, cette mise en demeure doit prendre la forme d'un document écrit, notifié à l'intéressé, qui l'informe du risque qu'il encourt d'une radiation des cadres sans procédure disciplinaire préalable s'il ne reprend pas ses fonctions dans le délai dont la mise en demeure est assortie (CE, Sect., 11 décembre 1998, *M. René X...*, n° 147511, Rec. ; position plusieurs fois réitérée, CE, 15 juin 2005, *M. Lucien X...*, n° 259743, T., CE, 10 octobre 2007, *Centre hospitalier intercommunal André Grégoire c/ M. A...*, n° 271020, Rec.). L'appréciation portée par les juges du fond sur le caractère approprié du délai fixé par une telle mise en demeure est souveraine, sauf dénaturation des pièces du dossier (CE, 25 juin 2003, *Mme Laroche*, n° 233954, T.). Est suffisant le délai qui laisse à l'agent jusqu'au lendemain matin du jour de la notification pour reprendre ses fonctions (même décision) ; ce qui n'est pas le cas lorsque l'agent est mis en demeure de reprendre ses fonctions à 13h30 par un courrier notifié le jour même à 12h15 (CE, 25 juin 2003, *Office départemental d'habitations à loyer modéré de la Haute-Vienne*, n° 225347, T.).

Cette obligation, pour l'administration, d'impartir à l'agent un délai approprié pour reprendre son poste ou rejoindre son service constitue une condition nécessaire pour que

soit caractérisée une situation d'abandon de poste, et non une simple condition de procédure de la décision de radiation des cadres pour abandon de poste (CE, 26 septembre 2014, *Mme Hamada*, n° 365918, T.). L'administration ne peut ainsi légalement prononcer une radiation des cadres pour abandon de poste avant l'expiration du délai au cours duquel l'intéressé peut retirer au bureau de poste la lettre recommandée, vainement présentée à son domicile, par laquelle il est mis en demeure de rejoindre son poste (CE, 5 décembre 1994, *Centre national de la cinématographie c/ Mme A...B...*, n° 109594, Rec.).

Dans ce cadre, le Conseil d'État a précisé que ne constitue pas une mise en demeure régulière une lettre adressée par l'administration à l'agent à une date où celui-ci est toujours en congé de maladie, puisque celui-ci ne peut donc être regardé comme ayant cessé sans justification d'exercer ses fonctions (CE, 10 janvier 2000, *M. Abdelkader X...*, n° 197591, Rec.).

En revanche, si l'autorité compétente constate qu'un agent en congé de maladie s'est soustrait, sans justification, à une contre-visite qu'elle a demandée, elle peut lui adresser une lettre de mise en demeure de rejoindre son poste ou de reprendre son service dans un délai approprié, en précisant, en outre, qu'en raison de son refus de se soumettre, sans justification, à la contre-visite, l'intéressé court le risque d'une radiation sans mise en œuvre de la procédure disciplinaire, alors même qu'à la date de notification de la lettre il bénéficie d'un congé de maladie (CE, 11 décembre 2015, *Commune de Breteuil-sur-Iton c/ M. B...A...*, n° 375736, Rec.).

Enfin, est régulière la mise en demeure faite à un agent de reprendre le travail, à l'issue d'un congé de longue maladie, sous peine de radiation des cadres pour abandon de poste, dès lors que, même sans indiquer les caractéristiques de l'emploi, l'administration précise à l'intéressé qu'il reprendra son travail sur un poste aménagé dans le cadre d'un mi-temps thérapeutique conformément aux recommandations du comité médical (CE, 19 novembre 2007, *Commune de Neuhaeusel*, n° 296115, T.).



FICHE N° 62 :

La limite d'âge et l'admission à la retraite

CE, 5 septembre 2008, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme A...*, n° 298297, T. CE, Ass., 4 avril 2014, *M. D...K...*, n° 362785, Rec.



L'essentiel

Aux termes de l'article 24 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 : « La cessation définitive de fonctions qui entraîne radiation des cadres et perte de la qualité de fonctionnaire résulte : 1° De l'admission à la retraite ; / 2° De la démission régulièrement acceptée ; / 3° Du licenciement ; / 4° De la révocation ». Cette liste, au demeurant incomplète (la cessation définitive de fonctions peut ainsi résulter d'un abandon de poste tel que l'a consacré la jurisprudence), fait état d'hypothèses dont la plupart se réalisent très rarement. Le plus souvent, le fonctionnaire ou l'agent contractuel est admis d'office à la retraite lorsqu'il atteint la limite d'âge. Toutefois, dans certains cas, les agents peuvent poursuivre, de droit ou sous réserve des nécessités de service ou d'aptitude physique, leur activité professionnelle au-delà de celle-ci. Dans d'autres cas, il peut être mis fin par anticipation à leur activité, nonobstant la limite d'âge.



Les mots du juge

« Considérant qu'aux termes de l'article L. 29 du code des pensions civiles et militaires de retraite : "Le fonctionnaire civil qui se trouve dans l'incapacité permanente de continuer ses fonctions en raison d'une invalidité ne résultant pas du service et qui n'a pu être reclassé dans un autre corps en application de l'article 63 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 précitée peut être radié des cadres par anticipation soit sur sa demande, soit d'office ; dans ce dernier cas, la radiation des cadres est prononcée sans délai si l'incapacité résulte d'une maladie ou d'une infirmité que son caractère définitif et stabilisé ne rend pas susceptible de traitement, ou à l'expiration d'un délai de douze mois à compter de sa mise en congé si celle-ci a été prononcée en application de l'article 36 (2°) de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires ou à la fin du congé qui lui a été accordé en application de l'article 36 (3°) de ladite ordonnance (...)" ; (...) que le 3° de l'article 36 de l'ordonnance du 4 février 1959, mentionné par les dispositions précitées, est relatif au congé de longue durée ; que, si le 2° de cet article 36, également mentionné par les dispositions précitées, était relatif, initialement, au seul congé de maladie, il mentionnait également le congé de longue maladie à la date d'intervention de la décision attaquée, à la suite des modifications que lui avait apportées l'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1972 ; que, par suite, à la date à laquelle est intervenu l'acte attaqué, l'article L. 29 du code des pensions civiles et militaires de retraite pouvait recevoir application dans le cas d'un fonctionnaire qui avait été placé en congé de longue maladie »

(CE, 5 septembre 2008, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme A...*, n° 298297, T.)

« Considérant qu'une limite d'âge inférieure au droit commun constitue une différence de traitement selon l'âge affectant les conditions d'emploi et de travail au sens des dispositions précitées des articles 1 et 2 de la directive 2000/78 CE du Conseil du 27 novembre 2000, ainsi que l'a notamment jugé la Cour de justice de l'Union européenne par son arrêt du 12 janvier 2010 (aff. C-229/08) ; qu'une telle mesure peut cependant être justifiée si elle est nécessaire, aux termes du paragraphe 5 de l'article 2 de la directive, notamment à la sécurité publique ou si, en vertu du paragraphe 1 de l'article 4 de la directive, la caractéristique qui fonde la différence de traitement, liée notamment à l'âge, en raison de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice, constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante de cette activité, pour autant que cette exigence soit proportionnée ; que la directive du Parlement et du Conseil du 5 avril 2006 ayant offert aux États membres, dans le but d'assurer la sécurité de la circulation aérienne, la faculté, maintenue en vigueur, d'instaurer une différence de traitement selon l'âge pour les contrôleurs de la navigation aérienne exerçant des



fonctions opérationnelles et si celle-ci est ainsi justifiée dans son principe, en ce qui concerne ces contrôleurs, au regard des dispositions précitées de la directive du 27 novembre 2000 prohibant les discriminations professionnelles, il convient cependant de vérifier, d'une part, que la limite d'âge de 57 ans fixée par la loi du 31 décembre 1989 est justifiée en ce qu'elle concerne tous les membres du corps des ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne, indépendamment de leur affectation dans leurs différentes fonctions, et, d'autre part, que le niveau de la limite d'âge retenu est compatible avec les exigences posées par cette directive du 27 novembre 2000 et proportionné avec les motifs permettant d'instaurer une limite d'âge inférieure au droit commun » (CE, Ass., 4 avril 2014, M. D...K..., n° 362785, Rec.)



Commentaire

La fonction publique est soumise à des règles de limite d'âge

Chacun des statuts précise que les fonctionnaires ne peuvent être maintenus en fonctions au-delà de la limite d'âge de leur emploi⁷⁸, sous réserve de certaines exceptions : recul de la limite d'âge, prolongation d'activité au-delà de la limite d'âge et maintien en surnombre après la radiation des cadres. Les fonctionnaires maintenus temporairement en fonctions dans l'intérêt du service, même en détachement, acquièrent un supplément de liquidation dans la limite du nombre de trimestres nécessaires pour obtenir le pourcentage maximum de la pension civile⁷⁹.

Lorsqu'un fonctionnaire n'a pas atteint cette limite, il peut choisir d'être admis à la retraite⁸⁰. Il peut aussi arriver – bien plus rarement comme nous l'avons déjà souligné – que le fonctionnaire soit mis à la retraite d'office, soit pour des motifs disciplinaires, soit pour invalidité. Les statuts prévoient généralement la mise à la retraite pour un tel motif, par exemple à la suite d'un congé pour longue maladie (CE, 5 septembre 2008, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme A...*, n° 298297, T.).

À l'inverse, lorsque le fonctionnaire a atteint cette limite, il est contraint de prendre sa retraite. Le caractère coercitif

de cette règle a été confirmé à maintes reprises par la jurisprudence. Ainsi, le Conseil d'État juge que la surveillance de la limite d'âge des agents publics entraîne de plein droit la rupture du lien de ces agents avec le service et que les décisions administratives individuelles prises en méconnaissance de la situation née de la rupture de ce lien sont entachées d'un vice tel qu'elles doivent être regardées comme nulles et non avenues (CE, 8 novembre 2000, *M. Jacques X...*, n° 209322, T.). Ainsi, c'est à bon droit qu'une caisse peut refuser de tenir compte, pour la liquidation de la pension d'un agent, des services effectués pendant une période durant laquelle cet agent a bénéficié à tort d'une prolongation d'activité, même s'il a acquitté des cotisations au titre de cette période (CE, 19 novembre 2010, *Caisse des dépôts et consignations*, n° 316613, T.). À titre dérogatoire, un fonctionnaire ayant atteint la limite d'âge ne peut légalement être maintenu en fonctions jusqu'à la nomination de son successeur que si ce maintien est rendu nécessaire par des circonstances particulières liées aux responsabilités qui lui sont confiées ou à l'impossibilité de désigner une autre personne susceptible d'exercer l'intérim de manière effective (CE, Sect., 16 mai 2001, *Préfet de police c/ M. A...C...*, n° 231717, Rec.).

La détermination de l'âge limite d'accession à la retraite revêt des enjeux importants

En ce qui concerne les fonctionnaires civils, l'âge de la retraite varie selon que le fonctionnaire appartient à un corps (ou cadre d'emplois pour la fonction publique territoriale) dont l'emploi est classé en catégorie sédentaire ou active (tout emploi qui n'est pas classé en catégorie active est, par définition, sédentaire)⁸¹. La limite d'âge était, jusqu'en 2010 pour les actifs, fixée, suivant les cas, de 55 ou 60 ans et, pour les sédentaires, à 65 ans. Il existe quelques exceptions : la limite d'âge est, par exemple, de 70 ans pour les professeurs au Collège de France ou de 68 ans pour le vice-président du

Conseil d'État et les premiers présidents de la Cour de cassation et de la Cour des comptes. De même, l'article 39 de la loi 2019-828 du 6 août 2019 a fixé à 69 ans l'âge limite pour la nomination des présidents des autorités administratives indépendantes.

Ces limites d'âge ont été progressivement augmentées de deux ans dans le cadre de la réforme des retraites engagée par la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010. En 2017, après une augmentation progressive⁸², elles seront portées respectivement à 57 ans, 62 ans et 67 ans.

⁷⁸ Pour la fonction publique d'État : art. 68 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 92 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 85 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

⁷⁹ Art. L. 26 bis du code des pensions civiles et militaires de retraite.

⁸⁰ Soulignons, toutefois, qu'il ne pourra pas nécessairement en jouir immédiatement. En effet, une fois radié des cadres et s'il a acquis un droit à pension, le fonctionnaire n'obtient liquidation de celle-ci qu'à un âge fixé par les statuts.

⁸¹ À titre d'illustration, sont des corps de catégorie active le personnel actif de la police nationale, le personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire, le personnel paramédical des hôpitaux militaires, les contrôleurs aériens, les sapeurs-pompiers professionnels, les agents des réseaux souterrains des égouts, les infirmiers de secteur psychiatrique.

⁸² Décret n° 2011-2103 du 30 décembre 2011 portant relèvement des bornes d'âge de la retraite des fonctionnaires, des militaires et des ouvriers de l'État.



La possibilité, qui existait antérieurement, offerte à certains fonctionnaires (notamment les professeurs d'université, les magistrats judiciaires, administratifs et financiers ou encore les membres du Conseil d'État) d'être maintenus en surnombre jusqu'à 68 ans demeure inchangée.

En outre, les dispositions applicables pour chaque versant de la fonction publique précisent, dans des termes identiques, que tout fonctionnaire admis à la retraite peut se prévaloir de l'honorariat dans son grade ou son emploi⁸³, dès lors qu'il a accompli vingt ans au moins de services publics. Cette mention est toutefois interdite à l'occasion d'activités privées lucratives autres que culturelles, scientifiques ou de recherche. Le silence vaut ici accord et seule une décision expresse motivée de l'administration peut refuser l'honorariat à un fonctionnaire à la retraite, pour un motif tiré de la qualité des services rendus. Il peut également être retiré si la nature des activités exercées le justifie. L'article L. 952-11 du code de l'éducation prévoit des dispositions spécifiques pour les professeurs d'université admis à la retraite – l'éméritat – dont ils peuvent, seuls, se prévaloir.

La limite d'âge peut être abaissée pour certains corps. Dans ce cas, le juge administratif vérifie que cela ne constitue pas une discrimination contraire aux exigences du droit européen. Le Conseil d'État considère ainsi que des dispositions législatives fixant, pour un corps de fonctionnaires donné, une limite d'âge inférieure à l'âge de droit commun pour l'ensemble de la fonction publique, ne sont pas, en elles-mêmes, contraires au droit de l'Union européenne qui consacre l'égalité dans les conditions d'emploi et de travail. Si une telle limite dérogatoire constitue une différence de traitement selon l'âge qui affecte les conditions d'emploi et de travail, celle-ci peut être justifiée si elle est compatible avec les exigences posées par la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 et proportionnée avec les motifs permettant d'instaurer une limite d'âge inférieure au droit commun. Le Conseil d'État a, par exemple, jugé que tel était le cas pour la limite d'âge de 57 ans fixée par la loi n° 89-1007 du 31 décembre 1989 concernant le corps des ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne, en raison des contraintes opérationnelles liées à l'exercice de ces fonctions (CE, Ass., 4 avril 2014, *M. D...K...*, n° 362785, Rec.).

⁸³ Pour la fonction publique d'État : art. 71 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 94 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 86 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.



FICHE N° 63 :

Le temps de travail effectif

CE, 24 février 2011, *Fédération Force ouvrière de l'équipement*, n° 339608, Inédit



L'essentiel

La directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 définit le temps de travail et le temps de repos. Une période de repos est définie comme « toute période qui n'est pas du temps de travail » et constitue du temps de travail' « toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales » (art. 2). La réglementation en vigueur précise que le temps de travail effectif est le temps pendant lequel les agents sont à la disposition de leur employeur et doivent se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à leurs occupations personnelles. D'autres temps, tels que les astreintes, donnent lieu à une comptabilisation spécifique du temps de travail effectif. La durée du travail effectif est fixée à trente-cinq heures hebdomadaires et donne lieu à un décompte annuel sur une base de 1 607 heures, hors heures supplémentaires. Certains agents peuvent également exercer à temps partiel ou à temps non complet.



Les mots du juge

« Considérant, en premier lieu, que l'article 4 de l'arrêté attaqué, relevant du titre II de cet arrêté consacré aux modalités de recours aux astreintes, précise que "lorsqu'un agent est sollicité pour répondre à une intervention urgente pendant une période de repos programmée et que cette intervention lui impose d'effectuer un déplacement supplémentaire sur le lieu de travail, alors la durée de son intervention ainsi que celle du déplacement sont considérées en temps de travail effectif"; que ces dispositions, qui se bornent à préciser qu'en cas de déplacement supplémentaire sur le lieu de travail le temps de ce déplacement est décompté comme temps de travail effectif, n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir légalement pour effet d'exclure du temps de travail effectif une intervention effectuée sans déplacement supplémentaire sur le lieu de travail ; que, dans ces conditions, la Fédération Force-Ouvrière de l'équipement, de l'environnement, des transports et des services n'est pas fondée à demander l'annulation de l'article 4 de l'arrêté attaqué ;

Considérant, en second lieu, que l'article 6 de l'arrêté attaqué, qui relève du titre III de cet arrêté traitant des modalités de compensation de travail sans travail effectif ni astreintes, prévoit la compensation, pour les agents soumis à un décompte horaire de leur durée de travail, du temps des déplacements professionnels en dehors de la résidence administrative pour la seule fraction excédant trente minutes par trajet ;

Considérant qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne qualifie de temps de travail effectif la durée du déplacement accompli par un agent de l'État pour gagner le lieu d'exercice de son activité professionnelle ; que l'article 9 du décret du 25 août 2000 habilite le ministre intéressé, conjointement avec le ministre chargé de la fonction publique et le ministre chargé du budget, à définir les modalités de la compensation des situations dans lesquelles des obligations liées au travail sont imposées aux agents sans qu'il y ait travail effectif ou astreinte ; que, par suite, la Fédération Force-Ouvrière de l'équipement, de l'environnement, des transports et des services n'est pas fondée à soutenir que l'article 6 de l'arrêté attaqué méconnaîtrait les dispositions du décret du 25 août 2000 sur la durée de travail effectif »

(CE, 24 février 2011, *Fédération Force ouvrière de l'équipement*, n° 339608, Inédit)



1 Les notions de « temps de travail » et de « temps de travail effectif » sont similaires puisque l'agent doit se tenir à la disposition de son employeur, et se consacrer à l'exercice de ses fonctions (il ne peut donc vaquer librement à ses occupations personnelles).



Commentaire

Définition du temps de travail effectif

Le temps de travail effectif est défini comme le temps pendant lequel les agents sont à la disposition de leur employeur et doivent se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à leurs occupations personnelles (art. 2 du décret n° 2000-815 du 25 août 2000 s'agissant de la fonction publique d'État et de la magistrature, également applicable aux fonctions publiques territoriales et hospitalières, respectivement en vertu de l'art. 1^{er} du décret n° 2001-623 du 12 juillet 2001 et de l'art. 5 du décret n° 2002-9 du 4 janvier 2002). Seul le temps de travail effectif des agents, hors heures supplémentaires, donne lieu à l'acquisition de jours de réduction du temps de travail (cf. la fiche n° 72 « Les jours de réductions du temps de travail »).

Cette définition explique que soient exclus du temps de travail effectif les congés pour raisons de santé (art. 115 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 ; CE, 27 février 2013, *Syndicat Sud Intérieur*, n° 355155, T.). En effet, lorsqu'il est en congé de maladie, l'agent n'est pas à la disposition de son employeur et n'est pas tenu de se conformer aux directives de ce dernier. La jurisprudence a également précisé que le temps qu'un fonctionnaire tenu de porter un uniforme consacre à son habillement et son déshabillage sur son lieu de travail ne fait pas partie de son temps de travail effectif mais constitue un temps au cours duquel cet agent se met en état de prendre son service sans pouvoir encore se conformer aux directives de ses supérieurs (CE, 4 février 2015, *M. A...B... et Syndicat Alliance-Police nationale*, n° 366269, T.).

La distinction entre temps de travail effectif et le temps consacré aux astreintes

D'autres temps sont comptabilisés comme du temps de travail effectif selon des règles particulières. Tel est le cas des astreintes, définies comme les périodes au cours desquelles l'agent, « sans être à la disposition permanente et immédiate de son employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'effectuer un travail au service de l'administration, la durée de cette intervention étant comptabilisée comme un temps de travail effectif » (art. 5 du décret n° 2000-815 du 25 août 2000 s'agissant de la fonction publique d'État, également applicable à la fonction publique territoriale en vertu de l'art. 1^{er} du décret n° 2001-623 du 12 juillet 2001). La jurisprudence a précisé que toute intervention réalisée par un agent au cours d'une période d'astreinte était comptabilisée comme du temps de travail effectif, de même, le cas échéant, que la durée des déplacements supplémentaires effectués par ce dernier sur son lieu de travail (CE, 24 février 2011, *Fédération Force ouvrière de l'équipement*, n° 339608, Inédit). La circonstance que l'employeur mette à la disposition des agents, pour les périodes d'astreinte, un logement situé à proximité ou dans l'enceinte du lieu de travail, pour leur permettre de rejoindre le service dans les délais requis, n'implique pas que le temps durant lequel un agent bénéficie de cette convenance soit qualifié de temps de travail effectif, dès lors que cet agent n'est pas à la disposition permanente

et immédiate de son employeur et peut, en dehors des temps d'intervention, vaquer librement à des occupations personnelles (CE, 13 octobre 2017, n° 396934, T.).

Les dispositions applicables à la fonction publique hospitalière sont plus précises sur ce point, puisqu'elles prévoient que : « La durée de chaque intervention, temps de trajet inclus, est considérée comme du temps de travail effectif » (art. 20 du décret n° 2002-9 du 4 janvier 2002). Elles diffèrent, par ailleurs, légèrement de celles applicables aux autres agents publics en ce que les agents qui doivent réaliser une période d'astreinte sont seulement tenus d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de leur établissement de santé sans avoir l'obligation de demeurer à leur domicile ou à proximité (mêmes dispositions).

Notons que la Cour de justice de l'Union européenne a récemment jugé que le temps de garde d'un travailleur à domicile obligé de répondre aux appels de l'employeur dans un délai bref doit être considéré comme « temps de travail » (CJUE, 21 février 2018, *Ville de Nivelles c/ M. Matzak*, aff. C-518/15). L'obligation de rester physiquement présent sur le lieu déterminé par l'employeur ainsi que la contrainte de rejoindre le lieu de travail dans un délai bref restreignent, en effet, très significativement les possibilités d'un travailleur d'avoir d'autres activités².

Les agents à temps complet

La durée du travail effectif à temps complet est fixée par le décret n° 2000-815 du 25 août 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique d'État, également applicable aux fonctions publiques territoriale et hospitalière en vertu, respectivement, de l'article 1^{er} du décret n° 2001-623 du 12 juillet 2001 et de l'article 1^{er} du décret n° 2002-9 du 4 janvier 2002. Elle est fixée à trente-cinq heures par semaine, le décompte

étant réalisé sur une base annuelle de 1 607 heures, hors heures supplémentaires. La durée hebdomadaire du travail effectif ne peut dépasser quarante-huit heures au cours d'une même semaine, heures supplémentaires comprises, ni quarante-quatre heures par semaine sur une période de douze semaines consécutives. L'amplitude horaire maximale est de douze heures (à propos de la fonction publique hospitalière : CE, 4 avril 2018, n° 398069, T.).

² C'est en ce sens qu'une cour administrative d'appel a regardé comme constituant des périodes de temps de travail effectif, au sens des dispositions de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, les périodes d'astreintes des sapeurs-pompiers professionnels d'un service départemental d'incendie et de secours dont le règlement exigeait une disponibilité sans délai (plusieurs arrêts de la CAA Nantes, dont le premier en date du 19 octobre 2018 (n° 17NT00382, Inédit).



Cette durée du travail effectif peut être réduite, après avis du comité technique, pour les agents soumis à des sujétions particulières (art. 1^{er} du décret 2000-815 du 25 août 2000 et art. 2 du décret n° 2002-9 du 4 janvier 2002). Elle peut également être supérieure à trente-cinq heures hebdomadaires en vertu d'accords particuliers établis par administration, collectivité territoriale ou établissement. Dans ce cas, la durée de travail excédant la durée légale donne lieu à compensation, sous la forme de jours de réduction du temps de travail par exemple.

Certains agents ne bénéficient pas d'un régime de décompte en heures de leur temps de travail mais d'un décompte en jours. Il s'agit des agents soumis au forfait en application de l'article 10 du décret n° 2000-815 du 25 août 2000, également applicable aux agents territoriaux et hospitaliers en vertu, respectivement, de l'article 1^{er} du décret n° 2001-623 du 12 juillet 2001 (par renvoi aux dispositions applicables à la fonction publique d'État) et de l'article 12 du décret n° 2002-9 du 4 janvier 2002.

Les agents à temps partiel ou à temps non complet

Le travail à temps partiel, qui désigne le fait pour un agent d'occuper un emploi à temps complet pour une quotité de travail inférieure à 100 %, doit être distingué du travail à temps non complet ou incomplet qui désigne le fait pour un agent d'occuper un emploi dont la caractéristique est de ne pas nécessiter un temps complet.

Temps partiel

Malgré la diversité des textes applicables³, les principes sont globalement identiques pour les trois fonctions publiques. Les agents souhaitant travailler à temps partiel doivent en principe demander une autorisation à leur chef de service ou à l'autorité territoriale disposant du pouvoir de nomination. Cette autorisation peut être refusée pour des motifs liés aux nécessités de service.

Cependant, l'agent peut bénéficier d'un temps partiel de plein droit pour l'éducation d'un enfant en bas âge (de sa naissance jusqu'à son troisième anniversaire), pour dispenser des soins à un membre de sa famille souffrant d'un handicap ou victime d'un accident ou d'une maladie grave ou s'il est lui-même affecté d'un handicap ou reconnu invalide⁴.

Pour accéder au temps partiel sur autorisation ou de droit, les agents non titulaires doivent être employés depuis plus d'un an à temps plein et de façon continue, aucune condition de durée minimale d'occupation des fonctions n'étant en revanche applicable aux agents titulaires.

La durée du travail à temps partiel peut, selon les cas, être de 50 %, 60 %, 70 % ou 80 % de la durée du travail à temps complet. Elle ne peut être inférieure à un mi-temps. La rémunération des agents à temps partiel est proportionnelle à la durée du travail (sauf pour les hypothèses de travail à 80 % et à 90 % où elle représente respectivement

les 6/7^e les 32/35^e de la rémunération des agents à temps plein). Pour la détermination des droits à avancement, à promotion et à formation, les périodes de travail à temps partiel sont assimilées à des périodes à temps plein.

Temps non complet

En vertu du décret n° 91-298 du 20 mars 1991 portant dispositions statutaires applicables aux fonctionnaires territoriaux nommés dans des emplois permanents à temps non complet, les collectivités territoriales peuvent recruter des agents titulaires ou non titulaires sur des emplois dont la durée hebdomadaire de service est supérieure ou égale à la moitié de la durée légale de travail des agents à temps complet. L'article 8 de ce décret prévoit qu'un fonctionnaire ne peut cumuler un ou plusieurs emplois permanents à temps non complet que si la durée totale de service qui en résulte n'excède pas de plus de 15% celle afférente à un emploi à temps complet. La jurisprudence a précisé que la faculté de cumuler un emploi à temps complet avec un emploi à temps non complet était ouverte sous la même condition (CE, 20 décembre 2011, *Fédération autonome de la fonction publique territoriale du Nord Pas-de-Calais*, n° 317792, T.). Dans la fonction publique d'État, le principe est que : « *Les fonctions qui, correspondant à un besoin permanent, impliquent un service à temps incomplet d'une durée n'excédant pas 70 % d'un service à temps complet, sont assurées par des agents contractuels* » (art. 6 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984).

La même règle est applicable, dans la fonction publique hospitalière pour les emplois à temps non-complet d'une durée inférieure à un mi-temps (art. 9 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986).

Pour le reste, aucun texte ne fixe les conditions de création des emplois à temps non complet.

3 Pour la fonction publique d'État : décret n° 82-624 du 20 juillet 1982 (fonctionnaires), art. 14 et s. du décret n° 94-874 du 7 octobre 1994 (stagiaires), art. 34 et s. du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 (agents contractuels) et décret n° 2002-1072 du 7 août 2002 relatif au temps partiel annualisé dans la fonction publique d'État ; pour la fonction publique territoriale : ordonnance n° 82-296 du 31 mars 1982, décret n° 2004-777 du 29 juillet 2004 (fonctionnaires) et art. 21 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 (agents contractuels) ; pour la fonction publique hospitalière : décret n° 82-1003 du 23 novembre 1982 (fonctionnaires), art. 21 et s. du décret n° 97-487 du 12 mai 1997 (stagiaires) et art. 32 et s. du décret n° 91-155 du 6 février 1991 (agents contractuels).

4 Pour la fonction publique d'État : art. 37 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 60 bis de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 46-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.



FICHE N° 64 :

La répétition de l'indu

CE, Avis, 28 mai 2014, *M. A...D...* et *Communal*, n° 376501, Rec.

CE, Avis, 31 mars 2017, n° 405797, Rec.



L'essentiel

Les règles relatives à la répétition de l'indu découlent des dispositions de l'article 37-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, telles qu'interprétées par le Conseil d'État dans son avis *M. A...D...* et *Communal*.



Les mots du juge

« [Les dispositions de l'article 37-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 modifiée relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations] sont applicables aux différents éléments de la rémunération d'un agent de l'administration. Si l'indemnité versée à un agent public irrégulièrement évincé a notamment pour but de compenser la perte du traitement ainsi que celle des primes et indemnités dont l'intéressé avait, pour la période en cause, une chance sérieuse de bénéficier, elle tend également à réparer les préjudices de toute nature résultant de l'éviction irrégulière compte tenu de l'importance respective de cette illégalité et, le cas échéant, des fautes relevées à l'encontre de l'intéressé. Cette indemnité ne peut, par voie de conséquence, être assimilée à une rémunération, susceptible en cas de versement indu, de faire l'objet d'une répétition dans les conditions et selon les modalités fixées par les dispositions législatives citées ci-dessus.

« Eu égard à la possibilité donnée par les dispositions de l'article 37-1 de la loi du 12 avril 2000 à l'administration de demander le remboursement des sommes qui seront versées en application de la décision illégalement retirée, l'annulation par le juge du retrait de la décision illégale attribuant un avantage financier à l'agent au motif qu'il est intervenu postérieurement à l'expiration du délai de retrait n'implique pas nécessairement qu'il soit enjoint à l'administration de verser les sommes correspondantes à l'agent si elles ne l'ont pas été, en tout ou partie, avant qu'intervienne le retrait. Il lui appartient seulement de lui enjoindre de réexaminer la situation de l'agent. De même, l'administration n'est pas tenue de verser les sommes dues en application d'une décision illégale attribuant un avantage financier qu'elle ne peut plus retirer dès lors qu'elle pourrait les répéter dès leur versement en application des dispositions de l'article 37-1 de la loi du 12 avril 2000 »

(CE, avis, 28 mai 2014, *M. A...D...* et *Communal*, n° 376501, Rec.)

« Il résulte de ces dispositions [de l'article 37-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 modifiée relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations] qu'une somme indûment versée par une personne publique à l'un de ses agents au titre de sa rémunération peut, en principe, être répétée dans un délai de deux ans à compter du premier jour du mois suivant celui de sa date de mise en paiement sans que puisse y faire obstacle la circonstance que la décision créatrice de droits qui en constitue le fondement ne peut plus être retirée (...).

Sauf dispositions spéciales, les règles fixées par l'article 37-1 de la loi du 12 avril 2000 sont applicables à l'ensemble des sommes indûment versées par des personnes publiques à leurs agents à titre de rémunération, y compris les avances et, faute d'avoir été précomptées sur la rémunération, les contributions ou cotisations sociales »

(CE, Avis, 31 mars 2017, n° 405797, Rec.)





Commentaire

La question – importante en pratique – de la répétition de l'indu a longtemps fait l'objet d'une jurisprudence nuancée qui s'est efforcée de combiner les règles applicables en matière de prescription d'une créance publique avec les principes qui gouvernent le régime du retrait des décisions administratives individuelles créatrices de droits, du moins lorsqu'une telle décision est le fondement du versement indu. Ses contours ont été sensiblement modifiés à la fin des années 2000. En effet, la jurisprudence sur la répétition de l'indu fixait des règles quelque peu déconcertantes pour les gestionnaires publics, quotidiennement confrontés à la question de savoir si, oui ou non, et jusqu'à quand, ils peuvent engager une action pour récupérer des rémunérations versées à tort à un agent public.

Ces incertitudes ont conduit l'administration à réfléchir à une réforme législative, qui a fait l'objet d'un amendement parlementaire au projet de loi de finances rectificative pour 2011⁵, lequel a inséré dans la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 un article 37-1, qui dispose que « les créances résultant de paiements indus effectués par les personnes publiques en matière de rémunération de leurs agents peuvent être répétées dans un délai de deux années à compter du premier jour du mois suivant celui de la date de mise en paiement du versement erroné, y compris lorsque ces créances ont pour origine une décision créatrice de droits irrégulière devenue définitive » (premier al., art. 37-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000).

Cette prescription est interrompue ou suspendue suivant des principes inspirés des dispositions du titre XX du livre III du code civil, d'où il résulte que tant la lettre par laquelle l'administration informe un agent public de son intention de répéter une somme versée indûment qu'un ordre de reversement ou un titre exécutoire interrompent la prescription à la date de leur notification, à charge pour l'administration d'en apporter la preuve (CE, Avis, 31 mars 2017, n° 405797, Rec.).

En revanche, la prescription biennale ne s'applique pas dans « le cas de paiements indus résultant soit de l'absence d'information de l'administration par un agent de modifications de sa situation personnelle ou familiale susceptibles d'avoir une incidence sur le montant de sa rémunération, soit de la transmission par un agent d'informations inexactes sur sa situation personnelle ou familiale » (2^e al., art. 37-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000). Dans cette hypothèse, le Conseil d'État a estimé que le délai de prescription est celui de droit commun, fixé par l'article 2224 du code civil, à savoir cinq ans (CE, Avis, 31 mars 2017, n° 405797, Rec.).

Enfin, les dispositions de l'article 37-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 « ne s'appliquent pas aux paiements ayant pour fondement une décision créatrice de droits prise en application d'une disposition réglementaire ayant fait l'objet d'une annulation contentieuse ou une décision créatrice de droits irrégulière relative à une nomination dans un grade lorsque ces paiements font pour cette raison l'objet d'une procédure de recouvrement » (3^e al., art. 37-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000).

Le Conseil d'État a fourni un mode d'emploi précis de ce dispositif législatif dans l'avis contentieux A...D... et Communal de 2014, précité. Cette demande d'avis portait sur l'articulation entre l'article 37-1 et la jurisprudence *Ternon* selon laquelle l'administration dispose d'un délai de quatre mois maximum, à compter de la prise de décision, pour retirer un acte individuel créateur de droits entaché d'illégalité, que le délai de recours ait ou non couru à l'égard des tiers et que l'acte soit ou non devenu définitif à l'égard de ceux-ci (CE, Ass., 26 octobre 2001, M. Eric X..., n° 197018, Rec.). Il était notamment demandé au Conseil d'État si les nouvelles dispositions de l'article 37-1 avaient pour effet de suspendre le caractère créateur de droits des décisions concernées, et, dans l'affirmative, si cette suspension concernait les décisions dans leur intégralité ou seulement leur volet pécuniaire.

En ce qui concerne le champ d'application de l'article 37-1, le Conseil d'État a considéré que la notion de rémunération n'intégrait que la rémunération des agents publics. Pour les fonctionnaires, il s'agit donc du traitement – y compris les avances –, des primes et indemnités qui en constituent l'accessoire, le cas échéant de la bonification indiciaire ainsi que du remboursement des dépenses engagées pour l'exercice des fonctions. En revanche, l'indemnisation à laquelle peut avoir droit un agent public du fait de son éviction irrégulière ne constitue pas une rémunération : il s'agit de la réparation du préjudice subi. Ne sauraient davantage être regardées comme une rémunération les pensions servies aux agents qui ont cessé d'exercer leurs fonctions.

Le Conseil d'État a jugé, en outre, que les dispositions de l'article 37-1 de la loi du 12 avril 2000 n'avaient pas, en elles-mêmes, d'incidence sur la détermination des décisions créatrices de droits et sur les règles qui gouvernent leur retrait (cf. la fiche n° 66 « Retrait et abrogation d'une décision pécuniaire »). Le juge doit donc annuler la décision de retrait d'une décision créatrice de droits intervenue plus de quatre mois après la décision retirée, puisque cette décision de retrait est illégale aux termes de la jurisprudence *Ternon*, mais l'administration peut répéter tout ou partie de la créance dont elle est le fondement.

Toutefois, l'annulation de la décision de retrait n'implique pas nécessairement qu'il soit enjoint à l'administration de procéder au versement des sommes en cause si elle ne l'a pas encore fait. Il serait en effet absurde de lui enjoindre de verser des sommes dont elle pourrait immédiatement exiger le remboursement, au moins partiel. En pareil cas, le Conseil d'État juge qu'il appartient simplement à l'administration de réexaminer la situation de l'agent et de déterminer, sous le contrôle du juge, et compte tenu des faits de l'espèce, quelle est la part dont elle n'aurait pas été fondée à demander la répétition et qui donc peut être versée à l'intéressé. De même, l'administration n'est pas tenue de verser les sommes dues en application d'une décision illégale attribuant un avantage financier qu'elle ne peut plus retirer dès lors qu'elle pourrait les répéter dès leur versement en application des dispositions de l'article 37-1 de la loi du 12 avril 2000.



⁵ Loi n° 2011-1978 du 28 décembre 2011 de finances rectificative pour 2011.

FICHE N° 65 :

Les règles indemnitaires

CE, 27 mars 1992, *Fédération CFDT de la protection sociale, du travail et de l'emploi et Syndicat Interco CFDT*, n° 63535, T.



L'essentiel

Le régime d'attribution des primes et indemnités, dont le principe a été précisé par les statuts, reste très largement encadré par la jurisprudence du Conseil d'État en particulier en ce qui concerne la compétence dévolue en la matière aux ministres, en tant que chefs de service.



Les mots du juge

« Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} du décret du 5 août 1975, "dans la limite des crédits ouverts à cet effet, les fonctionnaires du corps de l'inspection du travail sont autorisés à percevoir une indemnité dont le montant et les conditions d'attribution sont fixés par arrêté du ministre du travail, du ministre de l'agriculture, du ministre de l'équipement, du ministre de l'économie et des finances, du secrétaire d'État aux transports et du secrétaire d'État auprès du Premier ministre (Fonction publique)" ; qu'en application de ces dispositions, un arrêté interministériel du 6 février 1984 a fixé, avec effet du 1^{er} janvier 1984, les taux plafonds et les taux moyens de l'indemnité spéciale pour les quatre groupes de fonctionnaires du corps de l'inspection du travail ;

Considérant que, par la circulaire attaquée, le ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale a ajouté aux dispositions de l'arrêté interministériel du 6 février 1984 en précisant qu'en raison de leurs sujétions particulières, les fonctionnaires de deux des groupes visés par cet arrêté pourraient percevoir une indemnité supplémentaire et en fixant les montants sur la base desquels serait calculé ce supplément ; qu'en adoptant ces mesures sous sa seule signature, le ministre des affaires sociales et de la solidarité nationale a excédé sa compétence ; que les requérants sont, par suite, fondés à demander l'annulation de la circulaire attaquée ainsi que celle de la décision rejetant leur recours gracieux contre cette circulaire »

(CE, 27 mars 1992, *Fédération CFDT de la protection sociale, du travail et de l'emploi et Syndicat Interco CFDT*, n° 63535, T.)



Commentaire

Une place non négligeable dans la rémunération des fonctionnaires

La rémunération des fonctionnaires comprend le traitement, déterminé par leur appartenance à un corps ou cadre d'emploi, selon le grade et l'échelon auxquels ils sont parvenus. Le traitement est calculé par référence à un indice correspondant à cet échelon dans la grille indiciaire de la fonction publique⁶.

Plusieurs autres éléments de rémunération sont susceptibles de s'ajouter au traitement. Au-delà des éléments expressément visés par l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (indemnité de résidence, supplément familial de traitement et prestations familiales obligatoires), doivent être mentionnés la nouvelle bonification

6 Cf. le décret n° 82-1105 du 23 décembre 1982 relatif aux indices de la fonction publique et le décret n° 85-1148 du 24 octobre 1985 modifié relatif à la rémunération des personnels civils et militaires de l'État, des personnels des collectivités territoriales et des personnels des établissements publics d'hospitalisation.



indiciaire⁷, l'indemnité de garantie individuelle du pouvoir d'achat (dite GIPA)⁸ ainsi qu'une grande variété de primes et autres indemnités⁹.

Afin de renforcer la base légale de ces primes et de permettre la diversification de leurs motifs, le législateur a modifié, par la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010, l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 en précisant que ces indemnités peuvent tenir compte non seulement des

fonctions et des résultats professionnels des agents, mais aussi de la performance collective des services (devenue « *résultats collectifs des services* » avec la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016)¹⁰.

La jurisprudence du Conseil d'État a permis d'éclaircir ces dispositions législatives et de préciser les conditions dans lesquelles le pouvoir réglementaire peut prévoir l'instauration de tels compléments de rémunération.

L'encadrement du pouvoir réglementaire

Avant les réformes statutaires de 1983, le Conseil d'État considérait qu'en l'absence de toute disposition en décidant autrement, le ministre pouvait modifier la réglementation définissant la situation des agents, ce qui pouvait comprendre les modalités de leur rémunération, en particulier (cf. par exemple : CE, Sect., 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires*, Rec.).

L'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 disposant désormais que : « *Les fonctionnaires ont droit, après service fait, à une rémunération comprenant (...) les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire* », la jurisprudence du Conseil d'État admet qu'un ministre exerce, en matière indemnitaire, les prérogatives d'organisation des services placés sous son autorité telles que reconnues par la décision *Jamart* (CE, Sect., 7 février 1936, n° 43321, Rec.), dès lors que les règles qu'il fixe n'ont pas le caractère d'avantages statutaires (CE, 6 décembre 2002, *M. Philippe X...*, n° 222816, T.) (cf. la fiche n° 11 « Le pouvoir réglementaire du chef de service »).

Un ministre peut donc établir, dans le respect des règles générales fixées par le décret indemnitaire, la réglementation applicable au versement d'une indemnité au sein de son administration (CE, 21 septembre 2015, *M. A...*, n° 382119, Rec.).

En revanche, il est incompétent pour créer une prime et en définir les conditions d'attribution (CE, 8 novembre 1991, *M. Yves X...*, n° 88379, Rec.) ou pour modifier les règles d'attribution de primes fixées par les décrets indemnitaires (pour la censure de l'introduction, CE, 20 mars 2002, *M. X...*, n° 223623, Rec. ; pour la substitution d'un critère géographique à la prise en compte de la

situation individuelle de chaque agent prévue par les décrets indemnitaires, CE, 27 juin 2008, *Mme Françoise A...*, n° 312977, Inédit). *A fortiori*, un ministre ne peut créer des règles d'attribution de primes supplémentaires à celles prévues par les décrets indemnitaires, qu'il s'agisse de règles de fond, telles que des conditions de modulation de primes individuelles, ou de procédure, telles que la tenue d'un entretien individuel ou l'élaboration d'un rapport (CE, 3 juillet 2009, *Syndicat national FO des personnels de préfecture et M. X...*, n° 309925, T.). De même, il ne peut compétemment attribuer, sous sa seule signature, une prime supplémentaire à certains des agents placés sous son autorité et fixer les montants correspondants alors que les dispositions réglementaires applicables renvoient la fixation de cette prime à un arrêté interministériel (CE, 27 mars 1992, *Fédération CFDT de la protection sociale, du travail et de l'emploi et Syndicat Interco CFDT*, n° 63535, T.).

En outre, s'il est loisible aux ministres de prendre des instructions destinées à faciliter la gestion budgétaire des indemnités et à s'assurer du respect des enveloppes de crédits, ce n'est qu'à la condition que, sans édicter de règles nouvelles, elles respectent les compétences reconnues aux chefs de service par les dispositions de l'article 16 du décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 pour arrêter, conformément au cadre fixé par les textes réglementaires régissant ces indemnités et compte tenu des crédits attribués, leur montant individuel. Ces instructions peuvent notamment comporter, à cet effet, des recommandations assorties de références chiffrées indicatives, telles que des taux ou des montants moyens cibles, ou d'objectifs (CE, 3 février 2016, *M. B...A...*, n° 387363, T.).

Attribution des primes et indemnités en cas de congé maladie

Alors même que le statut général ne prévoit en cas de congé de maladie que le maintien (en sus de tout ou partie du traitement suivant les cas) du supplément familial de traitement et de l'indemnité de résidence, le Conseil d'État considère que ses dispositions n'interdisent pas à l'administration de maintenir le bénéfice des primes ou

indemnités liées à l'exercice effectif des fonctions, si des circonstances particulières lui semblent le justifier et à condition d'en faire également bénéficier, sans préférence ni faveur, tous les fonctionnaires se trouvant dans une situation identique (CE, 18 novembre 2011, *Garde des sceaux c/ M. A...*, n° 344563, Rec.).

7 La nouvelle bonification indiciaire (NBI) a été instituée par la loi n° 91-73 du 18 janvier 1991 portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales. Elle est attribuée pour certains emplois comportant une responsabilité ou une technicité particulières. Si elle est attribuée eu égard à l'emploi et non au grade, le juge vérifie que les fonctions occupées par l'agent correspondent à son grade afin de déterminer si elles ouvrent légalement droit à la NBI (CE, 26 mai 2008, *Commune de Porto-Vecchio*, n° 281913, T.). Cf. la fiche n° 69 « La nouvelle bonification indiciaire (NBI) ».

8 L'indemnité de garantie individuelle du pouvoir d'achat (GIPA) a été instituée à l'origine par le décret n° 2008-539 du 6 juin 2008 relatif à l'instauration d'une indemnité dite de garantie individuelle du pouvoir d'achat. Cf. la fiche n° 67 « La garantie individuelle du pouvoir d'achat (GIPA) ».

9 Ainsi, par exemple, les indemnités horaires pour travaux supplémentaires ; les indemnités forfaitaires pour travaux supplémentaires ; les indemnités de sujétions spéciales ; les primes de rendement ou de productivité ; les indemnités de mission, etc.

10 Pour la fonction publique territoriale : art. 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; et pour la fonction publique hospitalière : art. 78-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.



Le régime indemnitaire des fonctionnaires d'Etat : le nouveau cadre réglementaire appelé RIFSEEP

Un nouveau régime indemnitaire s'est, pour les fonctionnaires d'État, substitué à la prime de fonctions et de résultats. Il s'agit du régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel (RIFSEEP), institué par le décret n° 2014-513 du 20 mai 2014 et destiné à rationaliser des régimes indemnitaires dont la fragmentation restait un obstacle à la mobilité statutaire. Ce régime indemnitaire a vocation à s'appliquer à l'ensemble des fonctionnaires d'État, à l'exception de ceux relevant des corps auxquels correspondent des fonctions spécifiques¹¹. L'adhésion au RIFSEEP a débuté en juillet 2015.

Le RIFSEEP est constitué de deux volets : une indemnité de fonctions, de sujétions et d'expertise (IFSE), versée mensuellement, et un complément indemnitaire annuel lié à l'engagement professionnel et à la manière de servir (CIA), versé annuellement en une ou deux fractions. Les ministres sont, en leur qualité de chef de service, compétents pour définir, pour les fonctionnaires relevant de leur département ministériel, les modalités d'application des règles fixées par le décret du 20 mai 2014 précité (CE, 9 novembre 2018, n° 412640, T.).

Le RIFSEEP a une incidence sur les fonctionnaires territoriaux. En effet, le *principe de parité* consacré par l'article 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 implique que, si les collectivités territoriales sont, conformément au principe constitutionnel de libre administration, compétentes pour fixer le régime indemnitaire applicable à leurs agents, elles sont néanmoins liées par le plafond du régime indemnitaire applicable aux corps homologues de l'État¹². Ainsi, « *lorsque les services de l'État servent de référence bénéficient d'une indemnité servie en deux parts [à l'instar du RIFSEEP], l'organe délibérant détermine les plafonds applicables à chacune de ces parts et en fixe les critères, sans que la somme des deux parts dépasse le plafond global des primes octroyées aux agents de l'État* » (art. 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984)¹³.

Le RIFSEEP ne s'applique pas à la fonction publique hospitalière.

Il faut par ailleurs noter que les articles 28 et 29 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 a prévu que le régime indemnitaire des agents contractuels et celui des fonctionnaires territoriaux pouvait tenir compte des résultats collectifs du service.

11 Tel est le cas des corps de la police nationale, de l'administration pénitentiaire ou des douanes. C'est aussi le cas de nombreux corps ou emplois de la haute fonction publique : secrétaires généraux de ministères direction administration centrale, etc.

12 Les équivalences entre corps de la fonction publique d'État et cadres d'emplois de la fonction publique territoriale sont prévues dans le décret n° 91-875 du 6 septembre 1991.

13 Le Conseil constitutionnel a jugé que ces dispositions, introduites dans l'article 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, « visent à garantir une certaine parité entre le régime indemnitaire applicable aux agents de l'État et celui applicable aux agents des collectivités territoriales. En les adoptant, le législateur a entendu contribuer à l'harmonisation des conditions de rémunération au sein des fonctions publiques étatique et territoriale et faciliter les mobilités en leur sein ou entre elles deux. Ce faisant, il a poursuivi un objectif d'intérêt général » (CC, 13 juillet 2018, *Commune de Ploudiry*, n° 2018-727 QPC).



FICHE N° 66 :

Le retrait et l'abrogation d'une décision pécuniaire

CE, Sect., 12 octobre 2009, M. Jean-Pierre A..., n° 310300, Rec.



L'essentiel

En principe, lorsque le versement d'une somme d'argent est l'exécution d'une décision créatrice de droits devenue définitive, après quatre mois, et qu'il s'avère que cette décision était illégale, l'administration ne peut plus réclamer cette somme, quelles que soient les règles de prescription. En revanche, si le versement procède d'une erreur de liquidation et non d'une véritable décision, l'administration peut engager une action en répétition de l'indu tant que sa créance n'est pas prescrite, ce qui ouvre souvent un délai de cinq ans. Par dérogation à ces principes, la loi n° 2011-1978 du 28 décembre 2011 a créé l'article 37-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 qui prévoit que, en matière de rémunération des agents publics, l'administration peut désormais, sauf dans quelques exceptions, demander la restitution d'une somme non due dans un délai de deux ans, y compris si cette somme a été versée en vertu d'une décision créatrice de droits devenue définitive.



Les mots du juge

« Considérant que, sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer une décision individuelle créatrice de droits, si elle est illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision ; qu'une décision administrative explicite accordant un avantage financier crée des droits au profit de son bénéficiaire alors même que l'administration avait l'obligation de refuser cet avantage ; qu'en revanche, n'ont pas cet effet les mesures qui se bornent à procéder à la liquidation de la créance née d'une décision prise antérieurement ; que le maintien indu du versement d'un avantage financier (...), alors même que le bénéficiaire a informé l'ordonnateur qu'il ne remplit plus les conditions de l'octroi de cet avantage, n'a pas le caractère d'une décision accordant un avantage financier et constitue une simple erreur de liquidation ; qu'il appartient à l'administration de corriger cette erreur et de réclamer le reversement des sommes payées à tort, sans que l'agent intéressé puisse se prévaloir de droits acquis à l'encontre d'une telle demande de reversement »
(CE, Sect., 12 octobre 2009, M. Jean-Pierre A..., n° 310300, Rec.)



Commentaire

La jurisprudence distingue les décisions pécuniaires créatrices de droits des erreurs de liquidation

L'abrogation (*disparition pour l'avenir*) et le retrait (*disparition rétroactive*) des décisions pécuniaires obéissent aux règles de droit commun applicables aux décisions individuelles créatrices de droits (art. L. 242-1 et suivants du CRPA).

Lorsque l'administration prend une décision accordant une somme d'argent à un agent, elle peut uniquement retirer cette décision si celle-ci est illégale et si ce retrait

intervient dans un délai de quatre mois à compter de la date à laquelle a été signée cette décision (art. L. 242-1 du CRPA). Ce retrait permet à l'administration de ne pas verser la somme accordée initialement à l'agent et, si cette somme a déjà été versée en tout ou partie, d'en exiger la répétition, c'est-à-dire le remboursement. À moins que la décision n'ait été obtenue par fraude – ce qui, le cas échéant, autorise un retrait sans condition de délai



(art. L. 241-2 du CRPA) –, le retrait ne peut donc intervenir que dans un délai très bref (quatre mois), bien inférieur aux délais de prescription de droit commun.

Lorsque la décision pécuniaire en cause donne droit à des versements réguliers conditionnés au maintien d'une condition, comme l'attribution d'une prime versée mensuellement, l'administration peut toujours l'*abroger* si l'intéressé ne remplit plus cette condition (art. L. 242-2 du CRPA).

La difficulté consiste cependant à identifier les *décisions* pécuniaires créatrices de droit. Une décision explicite respectant les règles de forme du CRPA (notamment la signature par l'autorité compétente) et attribuant un avantage pécuniaire à un agent constitue une telle décision, y compris si l'administration s'est trompée et était tenue de refuser l'avantage en cause (CE, Sect., 6 juin 2002, *Mme X...*, n° 223041, Rec.). Cependant, il arrive souvent que ces décisions ne soient pas formalisées et que les services procèdent directement aux versements des sommes auxquelles ils estiment que les agents ont droit. Tout au plus ces versements donnent-ils parfois lieu à des documents internes de procédure. La jurisprudence estime que toutes les mesures qui se bornent à procéder à la liquidation d'une créance née antérieurement ne sont pas créatrices de droit. Ainsi, les justificatifs et attestation de l'ordonnateur, les mandats et bordereaux ou autres documents par lesquels le versement est demandé au comptable ne sont pas en eux-mêmes des décisions créatrices de droit. Dans certains cas, s'est néanmoins posée la question de savoir si de tels actes, en procédant à la liquidation d'une créance, ne pouvaient révéler une *décision implicite créatrice de droits d'accorder un avantage financier*. Après avoir hésité, la jurisprudence a consacré une approche restrictive.

En principe, lorsque le versement ne résulte que d'actes de liquidation sans qu'une véritable décision d'accorder l'avantage ait été instruite et prise, l'agent n'a pas de droit

à garder la somme. Ainsi, le maintien indu d'un avantage financier à un agent public qui n'en remplit plus les conditions n'est en principe qu'une erreur de liquidation non créatrice de droit alors même que l'intéressé avait informé l'administration qu'il ne remplissait plus ces conditions (CE, Section, 12 octobre 2009, *M. Jean-Pierre A...*, Rec.)¹⁴ La carence de l'administration, sa négligence, ne crée donc pas une décision créatrice de droit (CE, 16 décembre 2009, *M. Bernard A...*, n° 314907, T.). A fortiori, le versement d'une prime qui ne résulte d'aucune décision explicite mais d'une erreur de saisie informatique ne crée pas de droit (CE, 9 mai 2011, *Ministre de la défense*, n° 339901, T.).

En revanche, le juge n'exclut pas qu'en l'absence de décision explicite d'accorder un avantage financier, les circonstances de l'espèce puissent révéler une véritable décision implicite, non formalisée, de l'administration d'accorder l'avantage. Il peut en aller ainsi quand il est établi que l'administration a bien décidé d'accorder une prime à un agent sans formaliser cette décision (CE, 25 juin 2012, *Office national de la chasse et de la faune sauvage*, n° 334544, T.) ou qu'elle a procédé, après promotion d'un fonctionnaire dans un nouveau grade, au reclassement de celui-ci dans un échelon pour calculer son nouveau traitement même si ce reclassement indiciaire n'a donné lieu à aucune décision explicite (CE, 4 décembre 2009, *M. Jacques A...*, n° 305885, Inédit). Ces cas restent rares et, le plus souvent, la jurisprudence s'en tient au principe qu'une somme versée par erreur ne révèle pas une décision créatrice de droit de la verser.

Lorsqu'il n'y a pas de décision créatrice de droits, le versement de la *somme indu* peut faire l'objet d'une répétition par l'administration. La personne qui a reçu la somme indument ne dispose alors d'aucun droit à la tandis que l'administration dispose, pour sa part, d'une créance. Celle-ci peut ainsi réclamer la somme à l'intéressé tant que la créance n'est pas éteinte par le délai de prescription, qui est en principe de cinq ans.

Les erreurs de liquidation de l'administration peuvent engager sa responsabilité

Si les erreurs de liquidation peuvent donner lieu à une répétition de l'indu par l'administration pendant plusieurs années, il n'en demeure pas moins que celle-ci a l'obligation de veiller à la correcte application des textes et à ne pas verser des sommes qu'elle ne doit pas. Dans un cas où, par négligence, l'administration avait continué à verser pendant dix ans à un agent une indemnité à laquelle celui-ci n'avait plus droit, il a été jugé qu'elle pouvait demander le

remboursement de ces sommes versées indument, sous réserve des règles de prescription. Cependant, la carence prolongée de l'administration constitue une faute qui a également causé un préjudice à l'intéressé. En l'espèce, le juge avait donc déchargé le fonctionnaire des deux tiers de la somme due (CE, 16 décembre, 2009, *M. Bernard A...*, n° 314907, T.).

La réforme de la loi n° 2011-1978 du 28 décembre 2011 relative à la répétition de l'indu en matière de rémunération des agents publics

Il résulte de ce qui précède que l'articulation entre les règles de retrait des décisions pécuniaires créatrices de droit et les règles de prescription des créances est source de complexité et de difficultés. La jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat est que le respect de la décision créatrice de droit doit l'emporter, pour qu'il y ait toujours cohérence entre cette décision et les sommes versées ou dues par l'agent : si un versement constitue l'application d'une décision créatrice de droit définitive, l'argent ne peut être ensuite réclamé à l'agent, même si

cette décision est illégale et que le délai de prescription n'est pas expiré.

De cette façon, la protection liée au caractère définitif de la décision créatrice de droit l'emporte et écrase la logique de prescription des créances. En pratique, le délai pour décider d'une répétition d'un indu est donc de quatre mois à compter de la prise de décision (et non à compter de sa notification à l'intéressé). Autrement dit, l'administration ne peut réclamer la répétition de l'indu

¹⁴ Cette décision a abandonné une approche plus large marquée notamment par la décision CE, 3 mai 2004, *M. Guy F...*, n° 262074, Rec.



au-delà d'un délai de quatre mois alors qu'en droit privé, où seul s'applique le délai de prescription, ce délai est de cinq ans en principe et de trois ans pour toutes les créances liées au paiement des salaires des contrats de travail (art. L. 3245-1 du code du travail).

Ce délai de quatre mois étant très bref, la loi n° 2011-1978 du 28 décembre 2011 a introduit dans la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 un article 37-1 qui institue un régime spécifique de répétition de l'indu en matière de rémunération des agents publics, en disposant que « Les créances résultant de paiements indus effectués par les personnes publiques en matière de rémunération de leurs agents peuvent être répétées dans un délai de deux années à compter du premier jour du mois suivant celui de la date de mise en paiement du versement erroné, y compris lorsque ces créances ont pour origine une décision créatrice de droits irrégulière devenue définitive » (cf. la fiche n° 64 « La répétition de l'indu »). En l'absence de toute autre disposition applicable, les causes d'interruption et de suspension de cette prescription biennale sont régies par les principes dont s'inspirent les dispositions

du titre XX du livre III du code civil (CE, Avis, 31 mars 2017, n° 405797, Rec.).

Désormais, l'administration dispose donc de deux ans pour répéter tout indu en matière de rémunération (traitement, primes, indemnités, supplément familial, etc.), sans qu'il n'y ait lieu dorénavant de distinguer selon que l'indu a été versé en exécution d'une décision créatrice de droits ou par une erreur de liquidation. Toute la jurisprudence appelée ci-dessus ne s'applique donc qu'à des rares cas où une somme est versée à un agent public sans, pour autant, présenter les caractères d'une rémunération (par exemple, les indemnités de réparation après une éviction illégale, CE, 28 mai 2014, *M. A...D... et Communal*, n° 376501, Rec.).

Enfin, en vertu du deuxième alinéa de l'article 37-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, le délai de prescription pour la répétition de l'indu lorsqu'il résulte d'un défaut d'information de l'administration par l'agent ou d'erreurs dans les informations fournies est non pas de deux ans mais celui du droit commun, tel que fixé à l'article 2224 du code civil, c'est-à-dire cinq ans (CE, Avis, 28 mai 2014, n° 376501, Rec.).

Ce régime spécifique de répétition des indus en matière de rémunération appelle deux remarques.

D'une part, l'articulation entre décision créatrice de droit et faculté de répétition est fortement dérogoratoire du droit commun. Ainsi, lorsque le versement est l'exécution d'une décision créatrice de droits, deux cas de figure peuvent se présenter :

- si la décision créatrice de droits est une décision purement pécuniaire, telle une décision d'attribution de prime ou d'indemnité, la répétition de l'indu s'apparente de fait à un retrait, même si juridiquement la décision ne peut plus être retirée (CE, 28 mai 2014, *M. A...D... et Communal*, n° 376501, Rec.) : cette décision créatrice de droits n'a, en pratique, plus aucun effet. Compte tenu de l'existence de ce régime spécifique de répétition de l'indu, l'annulation par le juge du retrait de la décision illégale attribuant un avantage financier à l'agent au motif qu'il est intervenu postérieurement à l'expiration du délai de retrait n'implique pas nécessairement qu'il soit enjoint à l'administration de verser les sommes correspondantes à l'agent (si elles ne l'ont pas été avant qu'intervienne le retrait). Le juge enjoint seulement à l'administration de réexaminer la situation de l'agent. De même, l'administration n'est pas tenue de verser les sommes dues en application d'une décision illégale attribuant un avantage financier qu'elle ne peut plus retirer dès lors qu'elle pourrait les répéter dès leur versement en application des dispositions de l'article 37-1 de la loi du 12 avril 2000 (CE, Avis, 28 mai 2014, n° 376501, Rec.).

absurde de lui demander de le verser pour le répéter ensuite) ; elle ne peut en revanche plus retirer la décision de classement puisque le délai de quatre mois est expiré et celle-ci retrouve à s'appliquer pleinement un an après son édicton, au moment où les sommes versées en son application ne constituent plus des indus au regard de la réglementation statutaire.

D'autre part, le troisième et dernier alinéa de l'article 37-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 prévoit deux exceptions importantes :

- il se peut également que la décision créatrice de droits soit mixte : elle a une autre portée, par exemple statutaire, en plus de ses effets pécuniaires. Il en va ainsi d'une décision de nomination dans un grade ou de classement dans un échelon ou d'un placement dans un type de congé de maladie. Par exemple, si l'administration se rend compte au bout de six mois qu'elle a classé un an trop tôt un agent dans un échelon, elle peut engager une action en répétition de l'indu pour le trop-perçu de traitement les six mois précédents ; elle peut également ne plus verser ce trop-perçu pour les six mois à venir (il serait

- le cas où le règlement qui constitue le fondement de la décision créatrice de droits est annulé (par exemple, l'annulation du décret réglementant la prime accordée à un agent par une décision expresse). En principe, l'annulation rétroactive d'un règlement n'entraîne pas la possibilité pour l'administration de retirer au-delà de quatre mois les décisions créatrices de droits prises en son application, bien qu'elles soient théoriquement illégales puisque le règlement est censé n'avoir jamais existé (CE, Sect., 10 octobre 1997, *M. Bernard Y...*, n° 170341, Rec.). Or, l'application du nouveau régime de l'article 37-1 permettrait, dans notre exemple, de récupérer la prime versée. Estimant inéquitable une telle solution, le législateur a prévu que, dans ce cas, la jurisprudence traditionnelle continue à s'appliquer : la répétition de l'indu est impossible lorsqu'un délai de quatre mois s'est écoulé depuis la prise de décision créatrice de droits.

- le cas où le paiement est l'exécution d'une décision de nomination irrégulière dans un grade. Compte tenu de ce que l'intéressé a effectué le service fait correspondant au grade, le législateur a souhaité ne pas étendre à ce cas de figure le délai de prescription biennale applicable à la répétition des sommes indues. Il est d'ailleurs probable que, dans un tel cas, en raison du service fait et de la faute de l'administration à avoir procédé à cette nomination irrégulière, le juge estimerait que l'agent dispose lui aussi d'une créance du même montant sur l'administration et refuserait la répétition des rémunérations versées.



FICHE N° 67 :

La garantie individuelle du pouvoir d'achat (GIPA)

CE, 2 mars 2010, Région Rhône-Alpes, n° 322781, T.



L'essentiel

La garantie individuelle du pouvoir d'achat (GIPA) constitue un mécanisme destiné à garantir aux fonctionnaires le maintien de leur pouvoir d'achat lorsque leur traitement indiciaire évolue moins vite que l'inflation. Le champ des agents qui ont vocation à en bénéficier est particulièrement large. Par ailleurs, la GIPA présentant le caractère d'un complément de traitement et non d'un élément du régime indemnitaire, sa détermination relève, pour les agents des trois fonctions publiques, de la compétence du décret.



Les mots du juge

« Considérant (...) que, s'il appartient aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales, dans les limites et conditions fixées par les dispositions législatives et réglementaires applicables, de déterminer les régimes indemnitaires qu'elles décident d'accorder aux fonctionnaires territoriaux qu'elles emploient, sont en revanche applicables de plein droit aux fonctionnaires territoriaux comme à ceux de l'État les dispositions, édictées par décret, relatives au traitement, à l'indemnité de résidence ou au supplément familial ainsi que celles instituant des indemnités ayant le caractère d'un complément de traitement ; Considérant que l'indemnité dite de garantie individuelle du pouvoir d'achat, qui a l'objet mentionné ci-dessus [compenser la perte de pouvoir d'achat des agents dont le traitement a évolué au cours d'une période de référence de quatre ans moins vite que l'inflation] et dont les modalités de calcul sont fonction de l'évolution du traitement indiciaire des agents concernés, présente le caractère d'un complément de traitement et non d'un régime indemnitaire, au sens de l'article 88 de la loi du 26 janvier 1984 ; que, par suite, le moyen tiré de ce que le décret attaqué [instituant la GIPA] aurait illégalement empiété sur la compétence de l'organe délibérant de chaque collectivité territoriale doit être écarté » (CE, 2 mars 2010, Région Rhône-Alpes, n° 322781, T.)



Commentaire

La GIPA constitue un mécanisme destiné à protéger le pouvoir d'achat des fonctionnaires

Le décret n° 2008-539 du 6 juin 2008 a mis en place un mécanisme destiné à garantir aux fonctionnaires le maintien de leur pouvoir d'achat.

Il consiste dans le versement d'un complément de rémunération dit de garantie individuelle du pouvoir d'achat (GIPA), qui vise à compenser les pertes de pouvoir d'achat que subissent les fonctionnaires, dans l'hypothèse où l'augmentation de la valeur du point de la fonction publique ajoutée à l'effet des avancements de carrière ne suffit pas à égaler l'inflation. Le montant de la GIPA est déterminé en comparant l'évolution du traitement indiciaire brut détenu par l'agent sur une période de référence de quatre ans et celle de l'indice des prix à la consommation sur la même

période. Si le traitement indiciaire brut effectivement perçu par l'agent au terme de la période a évolué moins vite que l'inflation, un montant brut équivalent à la perte de pouvoir d'achat constatée lui est versé.

Ce montant est pris en compte dans le dispositif de retraite additionnelle des fonctionnaires (décret n° 2008-964 du 16 septembre 2008).

Originellement institué par le décret du 6 juin 2008, ce dispositif a été reconduit par le décret n° 2009-567 du 20 mai 2009 pour les années 2009 et 2010, avant que la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 ne le consacre (art. 41).



Le champ des agents couverts par la GIPA est large

Tous les fonctionnaires ont vocation à bénéficier de la GIPA, à condition qu'ils détiennent un grade dont l'indice sommital est inférieur ou égal à la hors-échelle B. Le Conseil d'État a précisé à cet égard que cette condition n'était pas remplie si le grade comporte un échelon affecté de l'indice hors-échelle B bis, même si cet échelon n'est accessible qu'au choix (CE, 26 novembre 2010, *M. A...B...-C...*, n° 328738, T.).

Seuls sont exclus de son bénéfice les fonctionnaires de France Télécom appartenant à un corps de niveau

équivalent à la catégorie A, le Conseil d'État ayant jugé que cette exclusion ne méconnaissait ni le principe d'égalité, ni l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (CE, 18 décembre 2009, *Fédération CFTC des postes et télécommunications et M. Jacques B...*, n° 318965, Inédit).

Entrent également dans le champ du dispositif, sous certaines conditions, les agents publics non-titulaires des trois fonctions publiques.

La GIPA présente le caractère d'un complément de traitement et sa détermination relève donc, pour tous les fonctionnaires, de la compétence du décret

Il est revenu au Conseil d'État de préciser la nature de la GIPA, en déterminant s'il s'agit d'un complément de rémunération ou d'un élément du régime indemnitaire. La question n'était pas sans importance.

Les dispositions relatives au traitement, à l'indemnité de résidence ou au supplément familial ainsi que celles instituant des indemnités ayant le caractère d'un complément de traitement sont applicables de plein droit à tous les fonctionnaires des trois versants de la fonction publique et peuvent être édictées par décret. Au contraire, en ce qui concerne le régime indemnitaire, le pouvoir du premier ministre est plus limité. Si le régime indemnitaire des fonctionnaires de l'État est également déterminé par décret, celui des fonctionnaires territoriaux relève des assemblées

délibérantes des collectivités territoriales, dans les limites et conditions fixées par les dispositions législatives et réglementaires applicables (art. 88 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984).

Par la décision *Région Rhône-Alpes*, le Conseil d'État, en se fondant sur l'objet de la GIPA et sur ses modalités de calcul (qui sont fonction de l'évolution du traitement indiciaire des agents concernés), a jugé que la GIPA, bien qu'elle ne corresponde pas au traitement au sens strict¹⁵, présente le caractère d'un complément de traitement et non d'un élément du régime indemnitaire (CE, 2 mars 2010, n° 322781, T.). Sa détermination relève donc de la compétence du décret, y compris pour les fonctionnaires territoriaux, et non pas de celle de l'organe délibérant de chaque collectivité territoriale.



¹⁵ Tel qu'il est défini par le statut, c'est-à-dire la multiplication de l'indice majoré par la valeur du point d'indice.

FICHE N° 68 :

Le supplément familial de traitement (SFT)

CE, 24 novembre 2010, Mme Géraldine A..., n° 310403, T. CE, 2 avril 2015, M. B...A..., n° 367573, T.



L'essentiel

Le supplément familial de traitement (SFT) constitue non pas une prestation familiale mais un élément de rémunération statutaire destiné à contribuer à la prise en charge financière des enfants. Le SFT est versé à la personne qui assume « la charge effective et permanente » des enfants, notion que la jurisprudence a précisée. Enfin, la loi et la jurisprudence ont précisé les règles de cumul du SFT.



Les mots du juge

« Considérant que si les dispositions de l'article 11 du décret du 24 octobre 1985 autorisent le conjoint qui n'est pas agent public à devenir, à raison des enfants dont il a la charge à la suite de son divorce, de sa séparation de droit ou de fait ou de sa cessation de vie commune avec son ancien conjoint qui bénéficie de la qualité d'agent public, l'attributaire du supplément familial de traitement, cette prestation lui est versée non de son propre chef, mais du chef de son ancien conjoint, agent public dont le supplément familial de traitement constitue un des éléments de la rémunération statutaire ; que ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet, de modifier l'allocataire du supplément familial de traitement, qui demeure l'ancien conjoint bénéficiant de la qualité d'agent public ; que, par suite, la circonstance que le supplément familial de traitement soit versé, à la suite du divorce, de la séparation de droit ou de fait ou de la cessation de vie commune, à celui des anciens conjoints qui n'est pas agent public, est sans incidence sur la nature du supplément familial de traitement, qui demeure un élément de la rémunération statutaire de l'ancien conjoint agent public, et sur ses modalités de calcul »

(CE, 24 novembre 2010, Mme Géraldine A... n° 310403, T.)

« Considérant que la notion de "charge effective et permanente de l'enfant" au sens des articles précités du code de la sécurité sociale et du décret du 4 janvier 2002 s'entend de la direction tant matérielle que morale de l'enfant ; que, dès lors, ne peut être regardé comme assumant cette direction matérielle et morale un père qui, alors même qu'il assume la totalité des frais d'entretien de l'enfant, n'en a pas la garde effective, la résidence de l'enfant ayant été fixée chez la mère »

(CE, 2 avril 2015, M. B...A..., n° 367573, T.)



Commentaire

Un élément de rémunération statutaire destiné à contribuer à la prise en charge financière des enfants

Aux termes de l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, le SFT est un élément de la rémunération des fonctionnaires, au même titre que le traitement, l'indemnité de résidence, et les « indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire ». À ces éléments de rémunération s'ajoutent les « prestations familiales obligatoires ». Destiné à contribuer à la prise en charge financière des

enfants par leurs parents agents publics, le SFT est un élément de la rémunération statutaire. Il n'a donc pas le caractère de prestation familiale (CE, 24 juin 1991, *Ministre de l'équipement c/ M. Gérard X...*, n° 106058, Rec.). L'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précise également que « le droit au supplément familial de traitement est ouvert en fonction du nombre d'enfants à charge au sens



du titre 1^{er} du livre V du code de la sécurité sociale, à raison d'un seul droit par enfant » et qu'en « cas de pluralité de fonctionnaires assumant la charge du ou des mêmes enfants,

le fonctionnaire du chef duquel il est alloué est désigné d'un commun accord entre les intéressés ». Enfin, deux décrets¹⁶ parachèvent le régime du SFT.

Calcul et versement du SFT

L'assemblée générale du Conseil d'État, dans un avis rendu le 6 janvier 1994 (n° 355319), a précisé qu'il convient de distinguer, pour le SFT, entre les conditions d'ouverture du droit aux prestations et les conditions relatives au versement des prestations. L'allocataire, c'est-à-dire celui au titre duquel l'avantage est ouvert et dont la situation est prise en compte pour le calcul du SFT, ne doit pas être confondu avec le bénéficiaire (ou attributaire), c'est-à-dire celui qui perçoit le SFT.

Il est ainsi possible que le SFT soit versé à l'ancien conjoint d'un agent public, qui n'est pas lui-même agent public, lorsqu'il assume la charge de leurs enfants. Toutefois, cette prestation lui est versée non de son propre chef, mais du chef de son ancien conjoint, agent public dont le SFT constitue un des éléments de la rémunération statutaire : l'allocataire du SFT demeure l'ancien conjoint bénéficiant de la qualité d'agent public. La circonstance que le SFT soit versé à celui des anciens conjoints qui n'est pas agent public est, de ce fait, sans incidence sur la nature du SFT et sur ses modalités de calcul (y compris sur le montant des cotisations sociales auquel est assujéti l'agent public du chef duquel le supplément est alloué) (CE, 24 novembre 2010, *Mme Geraldine A...*, n° 310403, T.).

Pour le calcul du SFT, il convient de prendre en compte tous les enfants à la charge du fonctionnaire. Ainsi, en cas de divorce, il faut tenir compte aussi bien des enfants issus du couple divorcé que de ceux issus d'une éventuelle nouvelle union de ce fonctionnaire (CE, Sect., 10 juin 1966, *M. X...*, n° 59197, Rec.).

Le SFT est versé à la personne qui assume « la charge effective et permanente » des enfants. En effet, l'article 10 du décret n° 85-1148 du 24 octobre 1985 renvoie, pour apprécier la notion « d'enfant à charge », à celle « fixée par le titre 1^{er} du livre V du code de la sécurité sociale », qui retient la notion de charge effective et permanente. La décision *Hecht* précitée précise que le SFT, qui est destiné à l'entretien des enfants, doit être versé à la personne qui assume la charge effective des enfants

et qui n'est pas nécessairement le fonctionnaire à qui est ouvert le droit au SFT. En ce sens, la jurisprudence a précisé que la notion de « charge effective et permanente de l'enfant » s'entend de la direction tant matérielle que morale de l'enfant, de sorte que ne peut être regardé comme assumant cette direction matérielle et morale un père qui, alors même qu'il assume la totalité des frais d'entretien de l'enfant, n'en a pas la garde effective, la résidence de l'enfant ayant été fixée chez la mère (CE, 2 avril 2015, *M. B...A...*, n° 367573, T.).

Pour déterminer le bénéficiaire du SFT, l'administration doit rechercher la personne qui assume la charge effective des enfants à la date à laquelle le SFT est versé (CE, Sect., 31 mars 1989, *Ministre du budget c/ Mme X...*, n° 48756, Rec.). Le cas échéant, le SFT est partagé au prorata des enfants dont les parents assument la charge effective (CE, Ass., 14 avril 1995, *Ministre de la défense c/ Mme X...*, n° 126550, Rec.). La décision *Noel* (CE, 24 octobre 2001, *M. Marc X...*, n° 215181, Rec.) donne exemple de la combinaison de tous ces principes. Étaient en cause deux fonctionnaires, ayant eu ensemble deux enfants avant de divorcer. La résidence habituelle des enfants, après le divorce de leurs parents, avait été fixée chez l'ex-épouse. Un autre enfant, né d'un second mariage, était à la charge de l'ex-époux. Le Conseil d'État a jugé que celui-ci était en droit de demander que le SFT qui lui était dû soit calculé de son propre chef, au titre des enfants dont il était le père ou dont il avait la charge effective. Cela étant, il a précisé que le versement du SFT devait être partagé entre les ex-époux au prorata des enfants dont ils avaient la charge effective et permanente et que, à ce titre, il devait être réparti à raison de deux tiers pour son ex-épouse et d'un tiers pour lui-même.

L'article 41 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a étendu les cas de partage du SFT aux gardes alternées. Dans cette hypothèse, le dernier alinéa de l'article 20 de la loi 83- 634 du 13 juillet 1983 modifiée prévoit désormais, lorsque la garde alternée de l'enfant est effective, que le SFT puisse être partagé par moitié entre les deux parents.

L'interdiction du cumul du SFT par deux conjoints rémunérés sur fonds publics

Il ne peut y avoir, au sein d'un couple de fonctionnaires, cumul de SFT : lorsque plusieurs fonctionnaires assument la charge du ou des mêmes enfants, ils désignent d'un commun accord celui des deux du chef duquel sera alloué le SFT. Cette règle de non-cumul vaut pour tous les agents publics, y compris les agents contractuels, dont la rémunération est fixée par référence aux traitements des fonctionnaires ou évolue en fonction des variations de ces traitements (CE, Sect., Avis, 29 mai 1992, *Mme X... et autres*, n° 135212, Rec.).

La loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 a élargi l'interdiction du cumul en ajoutant à l'article 20 de la loi n° 83- 634 du 13 juillet 1983 un nouvel alinéa aux termes duquel « le supplément familial de traitement n'est pas cumulable avec un avantage de même nature accordé pour un même enfant par un organisme public ou financé sur fonds publics au sens de l'article 1^{er} du décret-loi du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions ». Le Conseil d'État en a tiré les conséquences dans le cas d'un couple composé d'un fonctionnaire et d'un agent

¹⁶ Le décret n° 85-730 du 17 juillet 1985 relatif à la rémunération des fonctionnaires de l'État et des fonctionnaires des collectivités territoriales régis respectivement par les lois n° 84-16 du 11 janvier 1984 et n° 84-53 du 26 janvier 1984 et le décret n° 85-1148 du 24 octobre 1985 modifié relatif à la rémunération des personnels civils et militaires de l'État, des personnels des collectivités territoriales et des personnels des établissements publics d'hospitalisation.



d'une entreprise publique (CE, 27 février 1998, *District de l'agglomération nantaise*, n° 144788, T.).

En revanche, la perception d'un SFT par le conjoint d'un agent public, salarié de droit privé, en application

d'une convention collective, ne saurait faire obstacle, en l'absence de toute disposition législative interdisant un tel cumul, au versement du SFT à l'agent public (CE, 24 juin 1991, *Ministre de l'équipement c/ M. Gérard X...* n° 106058, Rec.).



FICHE N° 69 :

La nouvelle bonification indiciaire (NBI)

CE, 28 décembre 2012, *Ministre de la défense c/ M. B...*, n° 347674, T.



L'essentiel

Mise en place par les accords « Durafour », la nouvelle bonification indiciaire (NBI) est une indemnité particulière, prise en compte pour le calcul de la pension de retraite et soumise à une cotisation pour la vieillesse, attribuée pour certains emplois comportant une responsabilité ou une technicité particulières. Son bénéfice ne constitue pas un avantage statutaire et il est, sauf exceptions, subordonné à l'exercice effectif des fonctions qui y ouvrent droit. Il cesse donc lorsque l'intéressé change de fonctions et peut être modifié ou supprimé par l'effet de l'arrêté qui fixe la liste des emplois attributaires. Les deux critères de détermination de ces emplois tiennent, à l'exclusion de tout autre, à la responsabilité ou la technicité que comportent ces emplois. Enfin, l'administration doit, conformément au principe d'égalité, traiter de la même manière tous les agents occupant les emplois correspondant aux fonctions ouvrant droit à la NBI et qui comportent la même responsabilité ou la même technicité particulière, en particulier lorsque – ce qui est fréquent – la NBI est versée dans la limite des crédits disponibles.



Les mots du juge

« Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 27 de la loi du 18 janvier 1991 que le pouvoir réglementaire peut limiter le versement de la nouvelle bonification indiciaire aux agents occupant les emplois qu'il détermine, comportant une responsabilité ou une technicité particulières ; qu'il est loisible à l'administration, lorsqu'elle établit la liste des emplois ouvrant droit à cette bonification, de prendre en considération des raisons budgétaires et des orientations de politique de gestion de personnels ; que l'administration peut, sous le contrôle du juge, supprimer un emploi de cette liste en se fondant sur les mêmes motifs, l'agent occupant cet emploi n'ayant aucun droit au maintien de la bonification ; que, dans tous les cas, l'administration doit, conformément au principe d'égalité, traiter de la même manière tous les agents occupant les emplois correspondant aux fonctions ouvrant droit à la bonification ou n'y ouvrant plus droit et qui comportent la même responsabilité ou la même technicité particulières ; que lorsqu'un emploi a été légalement supprimé de la liste des emplois ouvrant droit à la nouvelle bonification indiciaire, l'administration est tenue de mettre fin au versement de la nouvelle bonification indiciaire à l'agent concerné »
(CE, 28 décembre 2012, *Ministre de la défense c/ M. B...*, n° 347674, T.)



Commentaire

Imaginé par les accords « Durafour », la NBI a été instituée par l'article 27 de la loi n° 91-73 du 18 janvier 1991 qui prévoit son attribution « pour certains emplois comportant une responsabilité ou une technicité particulières dans des conditions fixées par décret ». Elle constitue ainsi un dispositif indemnitaire destiné à prendre en considération, dans le calcul de la rémunération des fonctionnaires, la réalité de l'emploi qu'ils occupent et les sujétions qu'il comporte ou les qualités qu'il requiert. La particularité de ce dispositif est que, contrairement aux autres dispositifs de primes et

indemnités, il se traduit par l'attribution de points d'indice supplémentaires, c'est-à-dire par une bonification indiciaire. Il en résulte donc un aménagement de la règle habituelle selon laquelle deux fonctionnaires appartenant au même corps, au même grade et au même échelon perçoivent le même traitement indiciaire. L'article 27 de la loi n° 91-73 du 18 janvier 1991 prévoit également que la NBI est prise en compte pour le calcul de la pension de retraite et soumise à une cotisation pour la vieillesse, ce qui la distingue des autres primes et indemnités des fonctionnaires.



Les critères de détermination des emplois ouvrant droit à la NBI sont fixés dans la loi, tandis que les conditions de son attribution doivent être précisées par décret. La NBI fait donc l'objet d'un décret transversal¹⁷ ainsi que de très nombreux autres décrets, y compris en ce qui concerne la fonction publique territoriale. Les indemnités n'ont pas de dimension statutaire : le Premier ministre est compétent pour fixer les règles de la NBI par décret simple, et non par décret en conseil d'État. Les décrets sectoriels relatifs à la NBI établissent généralement, dans l'administration qu'ils

régissent, une liste des fonctions ou, plus précisément, des emplois ouvrant droit à NBI et prévoient fréquemment que la NBI est versée dans la limite des crédits disponibles. Pour l'État, un arrêté ministériel est fréquemment prévu pour en fixer le montant et, parfois, préciser les emplois correspondant aux fonctions ouvrant droit à la NBI. Le Premier ministre est compétent pour fixer la liste de ces fonctions dans la fonction publique territoriale (CE, 31 juillet 1996, *M. X...*, n° 144190, T.).

Le bénéfice de la NBI ne constitue pas un avantage statutaire

La NBI, dont le bénéfice est lié aux emplois occupés et non aux corps d'appartenance ou aux grades des fonctionnaires intéressés, ne revêt pas un caractère statutaire (CE, 9 septembre 1994, *M. Dominique Guy X...*, n° 133640, T.). Son bénéfice, qui ne constitue donc pas un avantage lié à l'appartenance au corps, cesse avec les fonctions y ouvrant droit. Il a donc un caractère temporaire et peut être modifié ou supprimé par l'effet de l'arrêté qui fixe la liste des emplois attributaires et le nombre de points qui leur sont attachés, les agents occupant ces emplois n'ayant aucun droit au maintien de la bonification (CE, 12 décembre

2012, *Ministre de la défense c/ Mme A...*, n° 340802, T.). Lorsqu'un emploi a été légalement supprimé de cette liste, l'administration est tenue de mettre fin au versement de la NBI aux agents concernés (CE, 28 décembre 2012, *Ministre de la défense c/ M. B...*, n° 347674, T.). Par ailleurs, l'administration peut, pour supprimer un emploi de la liste des emplois ouvrant droit à NBI, prendre en considération des raisons budgétaires et des orientations de politique de gestion des personnels concernés (CE, 28 décembre 2012, *Ministre de la défense c/ M. B...*, n° 347674, T.).

Le bénéfice de la NBI est lié aux seules caractéristiques des emplois occupés, au regard des responsabilités exercées ou de la technicité requise

Les critères de détermination des emplois ouvrant droit à la NBI sont fixés par la loi : il s'agit de la responsabilité ou de la technicité que comportent ces emplois. C'est sur ces deux seuls critères que le pouvoir réglementaire doit se fonder. Dès lors que le bénéfice de la NBI est exclusivement attaché à l'exercice effectif des fonctions, l'utilisation de tout autre critère est exclue.

Il n'est donc pas possible de limiter le bénéfice de la NBI aux fonctionnaires d'un corps ou aux titulaires d'une qualification déterminée, non plus que de le soumettre à une condition de diplôme (CE, 22 janvier 2013, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme B...*, n° 349224, T.). Il n'est pas non plus possible d'attribuer prioritairement la NBI aux emplois situés dans les services les moins demandés par les agents, ce critère d'attribution étant dépourvu de tout lien avec les responsabilités détenues et les technicités particulières des emplois concernés (CE, 5 décembre 1994, *M. X...*, n° 150638, T.). De la même façon, le bénéfice de la NBI ne peut être limité à une durée maximum d'occupation d'un emploi (CE, 28 décembre 2001, *M. X...*, n° 221512, Rec.). Enfin, il n'est pas possible de limiter le bénéfice de la NBI aux agents titulaires et d'en priver les agents stagiaires, dès lors que ceux-ci sont appelés à exercer dès leur entrée en service l'ensemble des responsabilités attachées à l'emploi ouvrant droit à la NBI (CE, 30 juillet 2003, *Ministre de la jeunesse, de l'éducation nationale et de la recherche c/ M. X...*, n° 243678, T.). En revanche,

constitue par exemple un critère acceptable, pour les directeurs généraux et les directeurs généraux adjoints des services des départements, le poids démographique du département administré, ce dernier affectant directement les exigences de technicité et l'importance des responsabilités de leurs fonctions (CE, 3 octobre 2003, *Association nationale des directeurs généraux et des directeurs généraux adjoints des conseils régionaux et des conseils généraux*, n° 243483, T.). De même, le pouvoir réglementaire peut désigner les fonctions consacrées à la politique de la ville et les fonctions opérationnelles exercées à titre principal en zone urbaine sensible comme susceptibles d'ouvrir droit au bénéfice de la nouvelle bonification indiciaire, eu égard à la technicité ou aux responsabilités qu'elles impliquent (CE, 6 février 2004, *Syndicat Sud travail et Syndicat CFDT-SYNTEF*, n° 242169, T.). Enfin, l'obligation de se fonder sur les seuls critères de la technicité ou de la responsabilité des emplois n'interdit pas à l'administration, lorsqu'elle établit la liste des emplois ouvrant droit à la NBI, de prendre en considération des raisons budgétaires et des orientations de politique de gestion des personnels, pour autant qu'elle le fasse en respectant le principe d'égalité (CE, 30 janvier 2012, *Mme A...*, n° 341378, T. ; CE, 28 décembre 2012, *Ministre de la défense c/ M. B...*, n° 347674, T.). Elle peut ainsi prévoir que la NBI sera versée « dans la limite des crédits disponibles » (CE, 26 mai 2010, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Mlle A...*, n° 307786, T.).

Le bénéfice de la NBI est, sauf exceptions, subordonné à l'exercice effectif des fonctions qui y ouvrent droit

Le bénéfice de la NBI est subordonné à l'exercice effectif des fonctions qui y ouvrent droit. Il faut, en revanche, que l'agent occupe véritablement un emploi correspondant à

ces fonctions et ouvrant droit à la NBI. La simple circonstance qu'il ait été, de fait, chargé de tâches correspondant à un emploi ouvrant droit à la NBI, alors que son emploi

¹⁷ Pour la fonction publique d'État : décret n° 93-522 du 26 mars 1993 ; pour la fonction publique territoriale : décret n° 93-863 du 18 juin 1993 ; pour la fonction publique hospitalière : décret n° 94-139 du 14 février 1994.



ne lui donnait pas vocation à accomplir ces tâches, ne saurait en effet lui permettre de bénéficier de la NBI (CE, 26 mai 2008, *Commune de Porto Vecchio*, n° 281913, T.). De la même façon, l'intérim, qui résulte d'une décision spéciale de l'autorité compétente qui désigne la personne intérimaire, l'étendue et la durée des fonctions, est temporaire et n'ouvre pas droit au bénéfice de la nouvelle bonification indiciaire attachée à l'emploi correspondant (CE, 14 juin 2000, *M. X...*, n° 203680, T.).

Il résulte de cette condition d'exercice effectif des fonctions qu'un fonctionnaire qui a cessé ses fonctions en conséquence d'une mutation ne peut plus percevoir la NBI, et ce alors même que la mutation en cause aurait ultérieurement été annulée par un jugement devenu définitif (CE, 26 janvier 2007, *Commune de Saint-Louis*, n° 281061, T.). De la même façon, le fonctionnaire placé en congé de longue durée n'a pas droit au bénéfice de la NBI (CE, Sect., 6 novembre 2002, *Mme X...*, n° 223041, Rec.). À l'inverse, le bénéfice de la NBI est maintenu au fonctionnaire reclassé dans un nouveau corps mais continuant d'exercer les mêmes fonctions (CE, 26 juillet 2007, *M. Bruno A...*, c/ *Office national des forêts*, n° 293410, T.). De même, lorsque des fonctions ouvrent droit à la NBI, le fait qu'un agent, exerçant à mi-temps, soit le seul titulaire de l'emploi budgétaire correspondant est sans influence sur le droit d'un deuxième agent, qui exerce ces fonctions sur l'autre mi-temps, au bénéfice de la fraction correspondante de la NBI (CE, 2 février 1998, *M. Y...*, n° 150690, T.). Un fonctionnaire affecté sur un

emploi unique mais exerçant deux fonctions relevant chacune de la NBI et correspondant, ensemble, à la charge d'activité normale d'un agent, ne peut cependant pas se voir attribuer une double NBI (CE, 16 juin 2003, *Ministre de l'éducation nationale c/ M. X...*, n° 217324, T.).

On compte toutefois deux exceptions à la condition d'exercice effectif des fonctions. En premier lieu, le fonctionnaire conserve le bénéfice de la NBI pendant la durée de ses congés de maladie et de maternité ainsi que pendant les courtes périodes de formation (CE, 13 juillet 2012, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme Aude A...* n° 350182, T.). Il en résulte que celui qui le remplace pendant ses absences ne peut être regardé comme occupant son emploi et y étant affecté de manière permanente, de sorte qu'il ne peut prétendre au bénéfice de la NBI, bien qu'il exerce effectivement les fonctions du titulaire de l'emploi (même décision). En second lieu, le fonctionnaire qui bénéficie d'une décharge totale de service pour l'exercice d'un mandat syndical a droit, durant l'exercice de ce mandat, au maintien de la NBI attachée à l'emploi qu'il occupe à la date à laquelle il est déchargé (CE, 27 juin 2016, *Ministère de l'intérieur c/ M. B...*, n° 391825, T., déclinant au cas de la NBI les principes posés par : CE, Sect., 27 juillet 2012, *M. A...*, n° 344801, Rec., et revenant sur la jurisprudence antérieure : CE, 27 juillet 2005, *Mme Marie-Paule X... et autres*, n° 255395, T.). De plus, si le fonctionnaire est affecté, en cours de décharge de service, sur un nouvel emploi, il a droit au bénéfice de la NBI attachée à ce nouvel emploi (même décision).

L'attribution de la NBI doit respecter le principe d'égalité

L'administration doit, conformément au principe d'égalité, traiter de la même manière tous les agents occupant les emplois correspondant aux fonctions ouvrant droit à la NBI et qui comportent la même responsabilité ou la même technicité particulières. Cette exigence doit, en particulier, être respectée lorsque la NBI est versée dans la limite des crédits disponibles (CE, 26 mai 2010, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Mlle A...*, n° 307786, T.) et, plus largement, lorsque l'administration prend en

considération, pour établir la liste des emplois ouvrant droit à NBI, des raisons budgétaires et des orientations de politique de gestion des personnels (CE, 30 janvier 2012, *Mme A...*, n° 341378, T. ; CE, 28 décembre 2012, *Ministre de la défense c/ M. B...*, n° 347674, T.). La combinaison de la contrainte budgétaire et du principe d'égalité peut conduire à diminuer la NBI associée à chaque emploi, mais non pas à exclure de son bénéfice des emplois équivalents à ceux pour lesquels est attribuée une NBI.



FICHE N° 70 :

Le logement de fonction

CE, Ass., 2 décembre 1994, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, Préfet du Nord*, n° 147962, Rec.

CE, 27 octobre 2008, *Syndicat intercommunal de Bellecombe et Patois*, n° 293611, T.



L'essentiel

L'attribution d'un logement de fonction est liée non pas au statut des agents mais à l'exercice de certaines fonctions et ne peut être justifiée que par l'existence d'un intérêt certain pour la bonne marche du service. Leur régime repose, dans les trois versants de la fonction publique, sur la distinction entre les logements concédés gratuitement par nécessité absolue de service et ceux qui ne le sont que par simple utilité de service, moyennant redevance. Les modalités de calcul du montant de cette redevance ont été précisées par les textes ou la jurisprudence. Enfin, les logements de fonction sont, sous certaines conditions, exonérés de taxe foncière.



Les mots du juge

Considérant que, pour l'application de l'article 21 de la loi du 28 novembre 1990 précité, et en dehors du cas où un logement est attribué par nécessité absolue de service, il appartient à l'autorité compétente de déterminer, sous le contrôle du juge, si la concession d'un logement de service présente, compte tenu des contraintes liées à l'exercice de l'emploi dont s'agit, un intérêt certain pour la bonne marche du service ;

(CE, 27 octobre 2008, *Syndicat intercommunal de Bellecombe et Patois*, n° 293611, T.).

« Considérant toutefois que, dans l'exercice de la compétence qui leur est ainsi reconnue par les dispositions précitées de l'article 21 de la loi du 28 novembre 1990, les collectivités territoriales et leurs établissements publics doivent se conformer au principe de parité entre les agents relevant des diverses fonctions publiques dont s'inspire l'article 88 de la loi du 26 janvier 1984 ; qu'ils ne peuvent par suite légalement attribuer à leurs agents des prestations, fussent-elles en nature, venant en supplément de leur rémunération, qui excéderaient celles auxquelles peuvent prétendre des agents de l'État occupant des emplois soumis aux mêmes contraintes ; qu'il leur appartient d'une part, en ce qui concerne l'appréciation des contraintes justifiant l'attribution d'un logement de fonction, de distinguer celles qui, parce qu'elles appellent de la part de l'agent une présence pouvant être regardée comme constante, justifient que ce logement soit attribué gratuitement, de celles qui rendent seulement utile, au regard des exigences du service, la fourniture dudit logement, qui alors doit être assortie du paiement par l'intéressé d'une redevance, et d'autre part, en ce qui concerne les avantages accessoires liés au logement, d'en arrêter la liste sans procurer aux agents, à ce titre, une prestation plus favorable que celle dont bénéficierait un fonctionnaire de l'État placé dans la même situation »

(CE, Ass., 2 décembre 1994, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, Préfet du Nord*, n° 147962, Rec.)



Commentaire

L'attribution d'un logement de fonction est liée à l'exercice de certaines fonctions et ne peut être justifiée que par l'existence d'un intérêt certain pour la bonne marche du service

La mise à disposition d'un logement de fonction est la « contrepartie des sujétions attachées à l'exercice effectif des fonctions » (CE, 13 janvier 1988, *Consorts Louchart*, n° 75278, T.). Elle est donc liée non pas au statut des agents, mais à leurs fonctions (CE, 14 octobre 2009, *Mme Marie-Hélène A...*, n° 319839, T.).



Par ailleurs, un logement de fonction ne saurait être attribué à la seule fin d'avantager un agent : cette attribution doit répondre à un besoin du service. Le Conseil d'État a ainsi précisé qu'il « appartient à l'autorité compétente, en dehors du cas où un logement est attribué par nécessité absolue de service, de déterminer si la concession d'un logement de service présente, compte tenu des contraintes liées à l'exercice de l'emploi en cause, un intérêt certain pour la bonne marche du service », lequel est le « seul motif de nature à (...) justifier légalement » cette concession (CE, 27 octobre 2008, *Syndicat intercommunal de Bellecombe et Patois*, n° 293611, T.).

Il en résulte que, lorsqu'un agent bénéficiant d'un logement par nécessité de service a été évincé illégalement du service, il ne saurait bénéficier d'une indemnité en réparation du préjudice résultant de la perte du logement de

fonction : quand bien même l'éviction était illégale, l'agent n'a pas accompli, au cours de la période de son éviction, de service nécessitant un logement de fonction (CE, 13 janvier 1988, *Consorts Louchart*, n° 75278, T.). Le Conseil d'État n'a pas eu l'occasion de confirmer cette jurisprudence depuis l'intervention de sa décision de section *Commune d'Ajaccio*, (CE, Sect., 6 décembre 2013, n° 365155, Rec., cf. la fiche n° 59 « Les conséquences indemnitaires d'une éviction irrégulière »), mais elle semble *a priori* devoir être maintenue. Pour tempérer la rigueur de ces principes, certaines dispositions réglementaires limitent la faculté d'éviction d'un agent en congés de longue maladie ou de longue durée du logement de fonction qu'il occupe (art. 37 du décret n° 86-442 du 14 mars 1986 ; CE, 6 juillet 2009, *Mme Marie-Jo A...*, n° 321221, T.). Il en va, *a fortiori*, de même en cas de congés de maladie.

Le régime des logements de fonction repose, dans les trois versants de la fonction publique, sur la distinction entre les logements concédés gratuitement par nécessité absolue de service et ceux qui ne le sont que par simple utilité de service, moyennant redevance

Dans la fonction publique d'État, à l'exception de régimes particuliers, tels ceux qui concernent le corps préfectoral ou les instituteurs, le régime des logements de fonction repose sur une distinction précisée par les articles R. 2124-64 à R. 2124-76 du code général de la propriété des personnes publiques, entre les logements concédés par nécessité absolue de service et ceux qui ne le sont que par simple utilité de service. Dans le premier cas (nécessité absolue de service), le principe est celui de la gratuité du logement. Dans le second cas (utilité de service), en revanche, l'attribution du logement à l'agent public doit donner lieu à la perception de sommes, au titre du loyer comme des charges.

Le régime des logements de fonction dans la fonction publique hospitalière obéit globalement aux mêmes principes. Le 2^e alinéa de l'article 77 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 autorise, en effet, l'attribution de logements de fonction aux agents « astreints, du fait de leurs fonctions, à résider dans ou à proximité de l'établissement » et prévoit également qu'un décret doit déterminer « les conditions dans lesquelles ces fonctionnaires peuvent bénéficier d'avantages en nature ». Le décret n° 2010-30 du 8 janvier 2010 pris en application de ces dispositions distingue ainsi les « concessions de logement (...) attribuées par nécessité absolue de service » (art. 1^{er}), à titre gratuit, et les « concessions de logement (...) attribuées par utilité de service » (art. 8) moyennant remboursement d'un loyer et des charges mensuels (art. 9).

Lorsqu'un logement de fonction est concédé par utilité de service, son occupation doit donner lieu au versement d'une redevance, dont le montant est précisé par les textes ou la jurisprudence

Ainsi qu'il a été précédemment exposé, l'attribution d'un logement à un agent public par simple utilité de service doit donner lieu à la perception d'une redevance. Les textes précisent les modalités de calcul de cette redevance en ce qui concerne les concessions de logements dans les immeubles appartenant aux domaines publics (art. R. 2124-68 du code général de la propriété des personnes publiques) et privés (art. R. 2222-18 du même code) de l'État. Ils fixent notamment le principe d'une redevance égale à 50 % de la valeur locative réelle du logement en cas d'occupation précaire avec astreinte.

Pour la fonction publique territoriale, les textes sont moins précis, de sorte que la jurisprudence est venue les détailler. En effet, l'article 21 de la loi n° 90-1067 du 28 novembre 1990, auquel renvoie aujourd'hui l'article L. 2124-32 du code général de la propriété des personnes publiques, dispose seulement que « les organes délibérants des collectivités territoriales (...) fixent la liste des emplois pour lesquels un logement de fonction peut être attribué gratuitement ou moyennant une redevance (...) en raison notamment des contraintes liées à l'exercice de ces emplois ». Mais, en raison du principe de parité, qui interdit aux collectivités territoriales « d'attribuer à leurs agents des prestations, fussent-elles en nature, venant en supplément de leur rémunération, qui excéderaient celles auxquelles peuvent prétendre des agents de l'État occupant des emplois soumis aux mêmes contraintes », le Conseil d'État a jugé qu'il convenait « en ce qui concerne l'appréciation des contraintes justifiant l'attribution d'un logement de fonction, de distinguer celles qui, parce qu'elles appellent de la part de l'agent une présence pouvant être regardée comme constante, justifient que le logement soit attribué gratuitement, de celles qui rendent seulement utile, au regard des exigences du service, la fourniture dudit logement, qui alors doit être assortie du paiement par l'intéressé d'une redevance » (CE, Ass., 2 décembre 1994, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, Préfet du Nord*, n° 147962, Rec.). Il a ainsi aligné de facto le régime des logements de fonction des agents des collectivités locales sur celui des fonctionnaires de l'État.

Concernant les fonctionnaires hospitaliers, l'article 9 du décret n° 2010-30 du 8 janvier 2010 précise que la redevance est déterminée, « soit sur la base d'un forfait déterminé en fonction du niveau de rémunération des bénéficiaires et par référence au plafond mensuel de la sécurité sociale, soit d'après la valeur locative servant de base à la taxe d'habitation ou, le cas échéant, d'après la valeur locative réelle ».

En revanche, en ce qui concerne la concession de logement dans les immeubles appartenant aux collectivités territo-



riales les textes sont muets et c'est encore au Conseil d'État qu'il est revenu de fixer les règles. Faisant de nouveau œuvre d'harmonisation entre les trois fonctions publiques, celui-ci a jugé qu'il appartient à l'autorité territoriale compétente « de fixer le montant de la redevance d'occupation d'un logement de fonction concédé par utilité de service à l'un de ses agents en tenant compte des caractéristiques du bien, des valeurs locatives constatées pour des logements comparables situés dans le même secteur géographique et des conditions particulières de l'occupation du logement, notamment des sujétions éventuelles imposées à l'agent » (CE, 1^{er} octobre 2015, *Commune d'Orgerus*, n° 372030, Rec.). L'appréciation portée par cette autorité pour fixer le montant de la redevance est soumise au contrôle restreint du juge administratif (même décision).

Ayant aligné le régime des logements de fonction bénéficiant aux agents des collectivités territoriales sur celui des agents de l'Etat, le Conseil d'Etat en a logiquement déduit qu'il convenait, lorsque ces logements constitue

des avantages en nature s'ajoutant à la rémunération, de respecter le principe de parité entre les fonctions publiques prévu à l'article 88 de la loi 84-53 du 26 janvier 1984 selon lequel les suppléments de rémunération et indemnités des fonctionnaires territoriaux sont fixés « dans la limite de ceux dont bénéficient les différents services de l'État » (CE, Ass., 2 décembre 1994, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, Préfet du Nord*, n° 147962, Rec.). Cependant, il a également précisé que l'attribution à un agent d'un logement, par ailleurs dépourvu d'avantages accessoires, moyennant une redevance fonction d'une valeur locative des locaux qui n'est pas systématiquement inférieure aux prix du marché, et alors que les taxes demeurent à la charge du bénéficiaire, ne constitue pas un avantage qui, sous forme notamment d'une minoration de loyer, serait assimilable à un supplément de rémunération de l'agent (CE, 11 février 2002, *M. Alain X...*, n° 222453, Rec.). Dès lors une collectivité territoriale qui attribue un tel logement n'est pas tenue de respecter le principe de parité.

Les logements de fonction sont, sous certaines conditions, exonérés de taxe foncière

Le Conseil d'État a précisé les conditions dans lesquelles les logements de fonction octroyés à des agents publics bénéficient de l'exonération de taxe foncière sur les propriétés bâties prévue au 1^{er} de l'article 1382 du code général des impôts (CE, 7 mai 2012, *Assistance publique des hôpitaux de Marseille*, n° 342240, T.). Pour bénéficier de cette exonération, trois conditions doivent être remplies :

- les immeubles appartiennent à l'une des catégories de personnes publiques qui sont énumérées à cet article 1382 ;
- ils sont affectés à l'exécution d'un service public ou d'utilité générale ;

- ils ne sont pas productifs de revenus, fussent-ils symboliques, pour leur propriétaire.

Le Conseil d'État a ajouté deux précisions :

- lorsque des logements de fonction ont été concédés à titre gratuit aux agents publics qui les occupent, la condition tenant à l'absence de productivité de revenus est remplie ;
- lorsque des logements ont été concédés à des agents publics par nécessité absolue de service, ils sont réputés satisfaire à la condition tenant à l'affectation au service public ou à la mission d'intérêt général.



FICHE N° 71 :

Les congés annuels

CE, 24 avril 1974, *Sieur Thyraud*, n° 87260, T. CE, Avis, 26 avril 2017, n° 406009, Rec.



L'essentiel

Les fonctionnaires bénéficient de cinq semaines de congés annuels, qu'ils peuvent prendre à la période de leur choix, sous réserve des nécessités de service et du respect du caractère prioritaire des souhaits exprimés par les agents ayant charge de famille. Les jours de congés non pris au titre d'une année ne peuvent en principe ni être reportés sur l'année suivante ni indemnisés. Dans la limite de soixante jours, ils peuvent toutefois être épargnés sur un compte épargne-temps.



Les mots du juge

« Considérant, d'une part, que le *Sieur Thyraud*, agent du service de documentation extérieure et de contre-espionnage en service aux États-Unis, n'avait pas bénéficié de ses congés annuels depuis plusieurs années lorsqu'il a été mis fin à ses fonctions ; qu'il a demandé, alors qu'il était encore en activité, à prendre sur place quatre mois et demi de congés conformément aux dispositions du décret du 23 avril 1959 relatif aux modalités de rémunération des agents du service de documentation extérieure et de contre-espionnage, que, par télégramme en date du 23 septembre 1963, le directeur général du service de documentation extérieure et de contre-espionnage l'a informé qu'il n'était pas possible de les lui accorder « dans l'intérêt du service » ; qu'aucune disposition n'ouvrant au *Sieur Thyraud* qui avait la qualité de fonctionnaire droit à l'allocation d'une indemnité compensant l'absence de congés, sa demande tendant à l'allocation d'une indemnité de ce chef doit être rejetée ; »

(CE, 24 avril 1974, *Sieur Thyraud*, n° 87260, T.)

« 3. En l'absence de dispositions législatives ou réglementaires fixant ainsi une période de report des congés payés qu'un agent s'est trouvé, du fait d'un congé maladie, dans l'impossibilité de prendre au cours d'une année civile donnée, le juge peut en principe considérer, afin d'assurer le respect des dispositions de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, que ces congés peuvent être pris au cours d'une période de quinze mois après le terme de cette année. La Cour de justice de l'Union européenne a en effet jugé, dans son arrêt C-214/10 du 22 novembre 2011, qu'une telle durée de quinze mois, substantiellement supérieure à la durée de la période annuelle au cours de laquelle le droit peut être exercé, est compatible avec les dispositions de l'article 7 de la directive. Toutefois ce droit au report s'exerce, en l'absence de dispositions, sur ce point également, dans le droit national, dans la limite de quatre semaines prévue par cet article 7. »

(CE, avis, 26 avril 2017, n° 406009, Rec.)



Commentaire

Les fonctionnaires ont droit à différents types de congés, mentionnés à l'article 21 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires, durant lesquels ils conservent le bénéfice de leur

traitement : congés annuels, congés de maladie, congés de maternité et congés liés aux charges parentales, congés pour validation des acquis de l'expérience, congés pour bilan de compétences ou encore congés de formation syndicale.



Durée des congés

La durée des congés annuels est fixée à cinq fois la durée hebdomadaire de service dans chacune des trois fonctions publiques pour les agents ayant accompli une année de service complète du 1^{er} janvier au 31 décembre (article 1^{er} du décret n° 84-972 du 26 octobre 1984 relatif aux congés annuels des fonctionnaires de l'État ; article 1^{er} du décret n° 85-1250 du 26 novembre 1985 relatif aux congés annuels des fonctionnaires territoriaux ; article 1^{er} du décret n° 2002-8 du 4 janvier 2002 relatif aux congés annuels des agents des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière). Les périodes de congé maternité ne sont pas prises en compte dans le temps de service effectif pour le calcul du nombre de jours de congés annuels (CE, 20 mars 2002, Mme Mercier, n° 226574, T.).

Modalités de prise de congés

Le calendrier de prise de congés est fixé par le chef de service compte tenu des échelonnements et fractionnements imposés par les nécessités de service, après consultation des agents concernés, les agents ayant charge de famille étant prioritaires pour le choix de leurs périodes de congés annuels (articles 3 des décrets précités du 26 octobre 1984 et du 26 novembre 1985, article 3 du décret précité du 4 janvier 2002). L'absence d'un agent du service ne peut en principe excéder 31 jours consécutifs (articles 3 de chacun des décrets précités).

Les nécessités de service peuvent contraindre certains agents à prendre leurs congés à des périodes précises : c'est le cas des enseignants, qui, eu égard aux nécessités du service public de l'éducation, ne peuvent exercer

leur droit à un congé annuel que pendant les périodes de vacance des classes, dont les dates sont arrêtées par le ministre chargé de l'éducation (CE, 26 novembre 2012, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme Crenn*, n° 349896, T.). Ainsi, si, conformément au droit de l'Union européenne (CJCE, 18 mars 2004, *Maria Paz Merino Gomez*, affaire C-342/01), un agent a droit au bénéfice de son congé annuel lors d'une période distincte de celle de son congé de maternité, ce congé annuel ne peut être pris en dehors des périodes de vacance des classes que si l'agent n'est pas en mesure d'exercer ce droit, au cours de l'année concernée, pendant les périodes de vacance des classes précédant ou suivant la période de son congé de maternité (décision *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme Crenn*, précitée).

Des jours de congés annuels supplémentaires sont octroyés aux agents qui prennent leurs congés en dehors de la période estivale. Dans la fonction publique hospitalière des jours de congés supplémentaires sont également octroyés aux agents qui fractionnent leurs congés annuels en au moins trois périodes d'au moins cinq jours ouvrés chacune (article 1^{er} du décret du 4 janvier 2002).

leur droit à un congé annuel que pendant les périodes de vacance des classes, dont les dates sont arrêtées par le ministre chargé de l'éducation (CE, 26 novembre 2012, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme Crenn*, n° 349896, T.). Ainsi, si, conformément au droit de l'Union européenne (CJCE, 18 mars 2004, *Maria Paz Merino Gomez*, affaire C-342/01), un agent a droit au bénéfice de son congé annuel lors d'une période distincte de celle de son congé de maternité, ce congé annuel ne peut être pris en dehors des périodes de vacance des classes que si l'agent n'est pas en mesure d'exercer ce droit, au cours de l'année concernée, pendant les périodes de vacance des classes précédant ou suivant la période de son congé de maternité (décision *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme Crenn*, précitée).

Congés non pris : possibilités encadrées de report

Avant l'avis rendu par le Conseil d'État le 26 avril 2017 le principe était que les congés non pris dus pour une année de service accompli ne pouvaient pas être reportés sur l'année suivante, sauf autorisation exceptionnelle donnée, selon la fonction publique concernée, par le chef de service (article 5 du décret du 26 octobre 1984 s'agissant de la fonction publique de l'État), l'autorité territoriale (décret du 26 novembre 1985 s'agissant de la fonction publique territoriale) ou l'autorité investie du pouvoir de nomination (article 4 du décret du 4 janvier 2002 s'agissant de la fonction publique hospitalière), et sous réserve des nécessités du service (CE, 30 décembre 2009, *M. Lucien A...*, n° 306297, T.).

La CJUE (Cour de justice de l'Union européenne) (22 novembre 2011, C-214/10) a précisé que, pour une période de référence de douze mois au titre de laquelle naissait un droit à congé annuel, une période de report de quinze mois était conforme à la directive précitée.

Le Conseil d'État en s'appuyant sur cette jurisprudence, et après avoir rappelé l'incompatibilité partielle avec

la directive de l'article 5 du décret du 26 octobre 1984 relatif aux congés annuels des fonctionnaires de l'État, a dégagé, dans son avis du 26 avril 2017, les règles suivantes : d'une part, en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires fixant une période de report des congés payés qu'un agent s'est trouvé, du fait d'un congé maladie, dans l'impossibilité de prendre au cours d'une année civile donnée, le juge peut en principe considérer, afin d'assurer le respect des dispositions de la directive, que ces congés peuvent être pris au cours d'une période de quinze mois après le terme de cette année.

D'autre part, le droit au report s'exerce, en l'absence de dispositions dans le droit national, dans la limite de quatre semaines prévue par l'article 7 de la directive.

Par ailleurs, ainsi que le juge du Conseil d'État (CE, 24 avril 1974, *Sieur Thyraud*, n° 87260, T.), les jours de congés non pris ne peuvent donner lieu au versement à l'agent d'aucune indemnité compensatrice (articles 5 des décrets du 26 octobre 1984 et du 26 novembre 1985 et article 4 du décret du 4 janvier 2002).

Report en cas d'arrêt maladie et paiement éventuel sous conditions

L'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail

fait cependant obstacle à l'extinction du droit au congé annuel à l'expiration d'une certaine période lorsque le travailleur a été en congé de maladie durant tout ou



partie de cette période (CJCE, 20 janvier 2009, *Gerhard Schultz-Hoff contre Deutsche Rentenversicherung Bund et Stringer e.a. contre Her Majesty's Revenue and Customs*, affaires C-350/06 et C-520/06 ; CE, 26 octobre 2012, *M. A...B...*, n° 346648, T.).

Païement des congés non pris

Le principe est le non-paiement des congés non pris.

Ainsi que le juge du Conseil d'État (CE, 24 avril 1974, *Sieur Thyraud*, n° 87260, T.), les jours de congés non pris ne peuvent donner lieu au versement à l'agent d'aucune indemnité compensatrice (articles 5 des décrets du 26 octobre 1984 et du 26 novembre 1985 et article 4 du décret du 4 janvier 2002).

Le principe de l'absence d'indemnisation des congés non pris connaît un tempérament important depuis la création du compte épargne-temps (CET) par les décrets n° 2002-634 du 29 avril 2002 s'agissant de la fonction publique d'État et de la magistrature, n° 2002-788 du 3 mai 2002 s'agissant de la fonction publique hospitalière et n° 2004-878 du 26 août 2004 s'agissant de la fonction publique territoriale. Le CET permet aux agents titulaires et agents contractuels embauchés depuis au moins une année d'épargner les jours de congés annuels, de réduction du temps de travail ou de repos compensateur non pris, dans la limite de soixante jours. Ces jours épargnés peuvent être consommés sous forme de congés. Au-delà des vingt premiers jours, ils peuvent également donner lieu, dans les proportions souhaitées par l'agent à indemnisation ou « monétisation » (selon un tarif journalier déterminé en fonction de la catégorie de l'agent) ou à versement au RAFP. S'agissant de la fonction publique territoriale, une délibération en ce sens de la collectivité est nécessaire pour la monétisation et le versement de jours épargnés au RAFP.

Don de jours de repos (congé annuel et jours de réduction du temps de travail)

Le décret n° 2015-580 du 28 mai 2015 permet à un agent public civil le don de jours de repos à un autre agent public parent d'un enfant gravement malade. Le texte indique qu'« un agent civil peut, sur sa demande renoncer anonymement et sans contrepartie à tout ou partie de ses jours de repos non pris, qu'ils aient été affectés ou non sur un compte épargne temps, au bénéfice d'un autre agent public relevant du même employeur qui assume la charge d'un enfant âgé de moins de vingt ans atteint d'une maladie, d'un handicap ou victime d'un accident d'une particulière

Le juge administratif a récemment reconnu un droit à indemnité compensatrice de congés payés non pris pour cause de maladie, en fin de relation de travail et par référence à la limite de quatre semaines (cf. CAA de Bordeaux, n° 14BX03684 du 13 juillet 2017).

En outre, il résulte d'une jurisprudence constante de la CJUE que, dans tous les cas où les dispositions d'une directive apparaissent inconditionnelles et suffisamment précises, les particuliers sont fondés à les invoquer devant les juridictions nationales à l'encontre de l'État, soit lorsque celui-ci s'est abstenu de transposer dans les délais la directive en droit national, soit lorsqu'il en a fait une transposition incorrecte.

Dans son arrêt du 24 janvier 2012, la CJUE rappelle que l'article 7 de la directive n° 2003/88 satisfait à ces critères, étant donné qu'il met à la charge des États membres, dans des termes non équivoques, une obligation de résultat précise et qui n'est assortie d'aucune condition quant à l'application de la règle qu'elle énonce (CJUE 24 janvier 2012, aff. C-282/10, Dominguez, points 33 et 34).

Elle ajoute dans les points 38 et 39 de ce même arrêt que lorsque les justiciables sont en mesure de se prévaloir d'une directive à l'encontre de l'État, ils peuvent le faire quelle que soit la qualité en laquelle agit ce dernier (tant employeur ou autorité publique investi de missions de services publics).

Le tribunal administratif de Clermont-Ferrand a repris cette analyse dans la motivation de son jugement du 6 mars 2016, en indiquant que, si un salarié ne peut exiger d'un employeur privé qu'il lui accorde le bénéfice de dispositions non transposées, il en va autrement si l'employeur est une autorité publique ou une personne privée chargée d'une mission de service public et dont l'activité est soumise à un régime exorbitant de droit commun.

gravité rendant indispensable une présence soutenue et des soins contraignants ».

L'article 3 de la loi n° 2018-84 du 13 février 2018 prévoit la publication d'un décret en Conseil d'État rendant applicable aux agents publics civils et militaires les dispositions de l'article L. 3142-25-1 du code du travail autorisant un salarié à faire don de ses jours de repos au bénéfice d'un autre salarié venant en aide à une personne atteinte d'une perte d'autonomie ou d'un handicap.



FICHE N° 72 :

Les jours de réduction du temps de travail (RTT)

CE, 27 février 2013, *Syndicat Sud Intérieur*, n° 355155, T.



L'essentiel

Les jours de réduction du temps de travail (RTT) visent à éviter que les agents publics, titulaires et non titulaires, dont le temps de travail est supérieur à la durée légale du travail dépassent 1 607 heures de travail annuel. Le temps de travail effectif effectué par les agents au-delà de cette durée, hors heures supplémentaires, génère l'acquisition de jours de RTT. Les congés pour raison de santé n'étant pas assimilables à du temps de travail effectif, ils ne peuvent ouvrir droit à l'acquisition de jours de repos au titre de ce dispositif.



Les mots du juge

« Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} du décret du 25 août 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique d'État : "La durée du travail effectif est fixée à 35 heures par semaine dans les services et établissements publics administratifs de l'État ainsi que dans les établissements publics locaux d'enseignement. / Le décompte du temps de travail est réalisé sur la base d'une durée annuelle de travail effectif de 1 607 heures maximum, sans préjudice des heures supplémentaires susceptibles d'être effectuées"; que l'article 2 de ce décret dispose que : "La durée du travail effectif s'entend comme le temps pendant lequel les agents sont à la disposition de leur employeur et doivent se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles"; que, pour l'application de ces dispositions, les agents placés en congés de maladie, de longue maladie ou de longue durée en vertu de l'article 34 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'État, s'ils se trouvent dans une position statutaire d'activité qui leur permet de satisfaire aux obligations relatives à la durée légale du temps de travail, ne peuvent être regardés ni comme exerçant effectivement leurs fonctions ni comme se trouvant à la disposition de leur employeur et en situation de devoir se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles »

(CE, 27 février 2013, *Syndicat Sud Intérieur*, n° 355155, T.)



Commentaire

Acquisition de jours de réduction du temps de travail

La durée légale du travail dans les trois fonctions publiques est fixée en moyenne à 35 heures par semaine et décomptée sur une base annuelle de 1 607 heures¹⁸.

Alors que le dispositif des heures supplémentaires concerne les heures faites à la demande du chef de service au-delà des limites horaires définies par le cycle de travail, les jours de réduction du temps de travail visent à éviter

que l'accomplissement de leur cycle de travail normal par certains agents les conduit à dépasser 1 607 heures de travail annuelles (cf. la fiche n° 63 « Le temps de travail effectif »). A ainsi été organisée l'acquisition de jours de récupération au titre de l'aménagement et de la réduction du temps de travail, qui ne constitue pas un droit à congé ou à rémunération supplémentaire mais une modalité de décompte des heures de travail. En vertu de ce dispositif,

¹⁸ Pour la fonction publique d'État, cf. le décret n° 2000-815 du 25 août 2000 ; pour la fonction publique territoriale, cf. le décret n° 2001-623 du 12 juillet 2001 ; pour la fonction publique hospitalière, cf. le décret n° 2002-9 du 4 janvier 2002.



les agents dont le temps de travail effectif dépasse la durée légale du travail, hors heures supplémentaires, bénéficient de jours supplémentaires de repos au titre de la réduction du temps de travail (ARTT), dont le nombre est déterminé en fonction de la durée hebdomadaire de travail accomplie.

Les agents qui ne bénéficient pas d'un régime de décompte en heures de leur temps de travail mais d'un décompte en jours, c'est-à-dire les agents soumis au forfait, bénéficient d'une compensation sous la forme de l'attribution d'un nombre forfaitaire de jours de RTT¹⁹.

Absence de prise en compte des congés pour raison de santé

Seul le temps de travail effectif des agents, défini par l'article 2 du décret n° 2000-815 du 25 août 2000 applicable aux fonctionnaires d'État comme « *le temps pendant lequel les agents sont à la disposition de leur employeur et doivent se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer à leurs occupations* » (cf. la fiche n° 63 « Le temps de travail effectif »), donne lieu à l'acquisition de jours de réduction du temps de travail.

Le Conseil d'État a d'abord semblé assimiler les congés de maladie à des périodes de temps de travail effectif (CE, 30 juin 2006, *Fédération CFTC Santé et sociaux et autres*, n° 243766, T.). Par l'article 115 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, le législateur a cependant prévu que : « *la période pendant laquelle le fonctionnaire relevant de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires, ou l'agent non titulaire bénéficie*

d'un congé pour raison de santé ne peut générer de temps de repos lié au dépassement de la durée annuelle du travail ». Tous les congés pour raison de santé des agents titulaires et non titulaires sont concernés par ces dispositions (notamment congés de maladie ou de longue maladie).

Le Conseil d'État a par la suite clarifié l'état de la jurisprudence en excluant expressément que les congés pour raison de santé soient décomptés comme du temps de travail effectif et puissent, par suite, donner lieu à l'acquisition de jours de RTT, y compris avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 (CE, 27 février 2013, *Syndicat Sud Intérieur*, n° 355155, T.). Cela s'explique par le fait que, lorsqu'il est en congé de maladie, l'agent n'est pas à la disposition de son employeur et n'est pas tenu de se conformer aux directives de ce dernier.

Alimentation du compte épargne-temps

Les jours de récupération acquis au titre de la réduction du temps de travail qui ne sont pas utilisés peuvent alimenter le compte épargne-temps des agents concernés (pour des

précisions sur le dispositif du compte épargne-temps, cf. la fiche n° 71 « Les congés annuels »).



¹⁹ Pour la fonction publique d'État : art. 10 du décret n° 2000-815 du 25 août 2000 ; pour la fonction publique territoriale : art. 10 du décret n° 2001-623 du 12 juillet 2001 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 12 du décret n° 2002-9 du 4 janvier 2002.

FICHE N° 73 :

La santé au travail

CE, 30 décembre 2011, M. Patrick A... n° 330959, T.



L'essentiel

La jurisprudence du Conseil d'État met à la charge des employeurs publics une obligation de résultats vis-à-vis de ses agents en matière de santé sur le lieu de travail.



Les mots du juge

« Considérant que les autorités administratives ont l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et morale de leurs agents ; qu'il leur appartient à ce titre, sauf à commettre une faute de service, d'assurer la bonne exécution des dispositions législatives et réglementaires qui ont cet objet, ainsi que le précise l'article 2-1 introduit par le décret du 16 juin 2000 dans le décret du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive de la fonction publique territoriale ; qu'à ce titre, il leur incombe notamment de veiller au respect des dispositions de l'article 1^{er} du décret du 29 mai 1992 fixant les conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux affectés à un usage collectif, reprises à l'article R. 355-28-1 puis à l'article R. 3511-1 du code de la santé publique »
(CE, 30 décembre 2011, M. Patrick A..., n° 330959, T.)



Commentaire

Le régime juridique de la santé au travail dans la fonction publique repose sur les principes généraux de prévention de la santé et de la sécurité des « travailleurs », posés par le code du travail (art. L. 4121-1 et s.). Au demeurant, en vertu de dispositions spécifiques²⁰, les livres I à V de la quatrième partie du code du travail sont applicables à la fonction publique d'État et à la fonction publique territoriale. En outre, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de santé au travail a inspirée celle du Conseil d'État. Il en va ainsi, par exemple, de l'obligation « de sécurité de résultat » pour l'employeur (Cass., Soc., 28 février 2002, n° 00-10051, Bull.).

Par ailleurs, l'article L. 461-1 du code de la sécurité sociale, qui reconnaît les maladies professionnelles, est applicable aux agents publics (à propos des fonctionnaires territoriaux par ex. : CE, 10 mars 2006, Caisse des dépôts et consignations c/ M. Dominique A..., n° 267860, T.). La procédure suivie diffère cependant de celle qui concerne les salariés de droit privé, tant sur le plan administratif (seule une commission de réforme étant amenée à se prononcer avant l'autorité

gestionnaire) que sur le plan juridictionnel (la procédure suivie devant le juge administratif ne faisant pas intervenir les règles du contentieux de la sécurité sociale).

En outre, l'article 2-1 des décrets n° 82-453 du 28 mai 1982 (pour les fonctionnaires d'État) et n° 85-603 du 10 juin 1985 (pour les fonctionnaires territoriaux), dispose que les chefs de service ou l'autorité territoriale « sont chargés de veiller à la sécurité et à la protection de la santé des agents placés sous leur autorité ». Le manquement à l'obligation de sécurité et de protection de la santé des agents par l'administration est susceptible de constituer une faute de nature à engager sa responsabilité.

Le Conseil d'État a été conduit à interpréter de manière extensive ces dispositions combinées afin de mettre à la charge des employeurs publics une véritable obligation de résultat. Dans l'affaire *Renard*, il a fait siens les principes dégagés par la Cour de cassation en ce qui concerne le tabagisme passif (CE, 30 décembre 2011, M. Patrick A..., n° 330959, T.). Selon la chambre sociale de la Cour de

²⁰ Pour la fonction publique d'État : art. 3 du décret n° 82-453 relatif à l'hygiène et à la sécurité ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique ; pour la fonction publique territoriale : l'art. 108-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et le décret n° 85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale.



cassation, ce dernier résulte d'une méconnaissance de la loi dans un domaine touchant à la sécurité des salariés et constitue une violation de l'obligation de sécurité qui incombe à l'employeur. Elle juge en ce sens que « *l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat vis-à-vis de ses salariés en ce qui concerne leur protection contre le tabagisme dans l'entreprise. Le fait de ne pas avoir satisfait aux exigences imposées par les textes (interdisant de fumer sur les lieux de travail) justifie la prise d'acte par le salarié de la rupture du contrat de travail qui emporte les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse* » (Cass., Soc., 29 juin 2005, *Société ACME Protection c/ Mme X...*, n° 03-44412, Bull.).

Le Conseil d'État juge qu'il appartient aux autorités administratives, qui ont l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et morale de leurs agents, d'assurer la bonne exécution des dispositions législatives et réglementaires qui ont cet objet, sauf à commettre une faute de service susceptible d'engager la responsabilité de la personne publique qui emploie l'agent public.

À ce titre, les autorités administratives doivent, en particulier, veiller au respect des dispositions de l'article 1^{er} du décret n° 92-478 du 29 mai 1992 fixant les conditions d'application de l'interdiction de fumer dans les lieux

affectés à un usage collectif, reprises à l'article R. 355-28-1, puis à l'article R. 3511-1 du code de la santé publique. Il en résulte que l'agent public qui fait valoir que l'exposition au tabagisme passif sur son lieu de travail serait à l'origine de ses problèmes de santé, mais dont l'affection ne peut être prise en charge au titre de la législation sur les maladies professionnelles (dès lors qu'il n'est pas établi qu'elle serait essentiellement et directement causée par son travail habituel) peut, toutefois, rechercher la responsabilité de son employeur en soutenant que ce dernier a méconnu, de manière fautive, ses obligations.

Pour les assister dans cette obligation de résultat, les employeurs publics ont notamment à leur disposition les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT)²¹. Composé de manière non paritaire, ce comité connaît, comme sa dénomination l'indique, des questions d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et doit contribuer à la protection de la santé et à la sécurité des agents dans leur travail, ainsi qu'à l'amélioration des conditions de travail. Le CHSCT ne doit être obligatoirement saisi d'une question ou d'un projet de disposition par l'administration que lorsque cette question ou ce projet concerne exclusivement la santé, la sécurité ou les conditions de travail (CE, 2 juillet 2014, *Association autonome des parents d'élèves de l'école Émile Glay et Fédération Sud Éducation*, n° 367179, Rec.)²².

21 Pour la fonction publique d'État : art. 16 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 et décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique ; pour la fonction publique territoriale : art. 33-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et décret n° 85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale ; pour la fonction publique hospitalière ; art. R. 4615-1 et s. du code du travail.

22 Sur la consultation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, cf. la fiche n° 18 « Le droit de participation à la gestion et fonctionnement de l'administration ».



FICHE N° 74 :

Les congés de maladie

CE, 26 octobre 2012, M. A...B..., n° 346648, T.



L'essentiel

Le fonctionnaire malade a droit à des congés de maladie, qui sont l'une des modalités statutaires de la position d'activité.



Les mots du juge

« Considérant qu'il résulte clairement des dispositions du paragraphe 1 de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 relative à certains aspects de l'aménagement du temps de travail, telles qu'interprétées par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt C-350/06 et C-520/06 du 20 janvier 2009, que ces dispositions font obstacle à l'extinction du droit au congé annuel à l'expiration d'une certaine période lorsque le travailleur a été en congé de maladie durant tout ou partie de cette période ; que, par suite, les dispositions citées ci-dessus de l'article 5 du décret du 26 octobre 1984, qui ne prévoient le report des congés non pris au cours d'une année de service qu'à titre exceptionnel, sans réserver le cas des agents qui ont été dans l'impossibilité de prendre leurs congés annuels en raison d'un congé de maladie, est incompatible dans cette mesure avec les dispositions de l'article 7 de cette directive ; que la circulaire attaquée est donc entachée d'illégalité en ce qu'elle réitère cette règle »
(CE, 26 octobre 2012, M. A...B..., n° 346648, T.)



Commentaire

En vertu de l'article 21 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et des statuts applicables²³, le fonctionnaire en activité qui est malade a droit à des congés de maladie.

Dans cette position, il est considéré comme étant en situation d'activité.

Le fonctionnaire malade a droit à trois types de congés de maladie

Il a droit, en premier lieu, au congé de maladie ordinaire, lorsque la maladie le met « dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions ». Ce congé est d'une durée maximale globale d'un an pendant une période de douze mois consécutifs, le traitement du fonctionnaire étant maintenu pendant

trois mois puis réduit de moitié pendant les neuf mois suivants. Sont également réduits les avantages familiaux et les indemnités accessoires, à l'exclusion de celles qui sont attachées à l'exercice des fonctions ou qui ont le caractère de remboursement de frais²⁴. Ainsi, la conservation de la

23 Art. 34 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique de l'État ; art. 57 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale ; art. 41 de la loi n° 8633 du 9 janvier 1986 relative à la fonction publique hospitalière. Les magistrats judiciaires sont, pour leurs congés de maladie, soumis aux mêmes dispositions que les fonctionnaires d'État (art. 68 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature ; CE, 1er mars 2013, Union fédérale des cadres des fonctions publiques, n° 357553, T.). Dans des conditions comparables, les fonctionnaires stagiaires (pour la fonction publique d'État : art. 24 et 25 du décret n° 94-874 du 7 octobre 1994 ; pour la fonction publique territoriale : art. 7, 10 et 11 du décret n° 92-1194 du 4 novembre 1992 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 31 du décret n° 97-487 du 12 mai 1997), les agents contractuels de droit public (pour la fonction publique d'État : art. 12 et s. du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour la fonction publique territoriale : art. 7 et s. du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 10 et s. du décret n° 91-155 du 6 février 1991) et les militaires (v. les articles L. 4138-2 à L. 4139-3-1 et R. 4138-3 et s. du code de la défense) peuvent également bénéficier de congés de maladie.

24 À propos des trois congés pour raison de santé, cf. pour la fonction publique d'État : art. 25 et 37 du décret n° 86-442 du 14 mars 1986 ; pour la fonction publique territoriale : art. 15 et 27 du décret n° 87-602 du 30 juillet 1987 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 15 et 26 du décret n° 88-386 du 19 avril 1988.



nouvelle bonification indiciaire est de droit (CE, 13 juillet 2012, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme Aude A...*, n° 350182, T.). Ces règles constituent une dérogation au principe du service fait (cf. la fiche n° 22 « Le droit à la rémunération et la règle du service fait »). Elles ne sauraient avoir pour effet d'accorder à un fonctionnaire bénéficiant d'un congé de maladie des droits à rémunération supérieurs à ceux qu'il aurait eus s'il n'en avait pas bénéficié (CE, 8 octobre 2012, *M. B...A...*, n° 346979, T.).

Le fonctionnaire a droit, en deuxième lieu, à un congé de longue maladie lorsqu'il est « dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions » et que sa maladie « présente un caractère invalidant et de gravité confirmée » et « rend nécessaire un traitement et des soins prolongés ». D'une durée maximale de trois ans, ce congé assure au fonctionnaire le maintien de son traitement pendant la première année, puis de sa moitié les deux années suivantes. Une liste indicative des affections susceptibles d'ouvrir droit au CLM est fixée par un arrêté du 14 mars 1986, mais cette liste n'est pas limitative²⁵.

Le fonctionnaire a droit, en troisième lieu, à un congé de longue durée en cas de tuberculose, maladie mentale, affection cancéreuse, poliomyélite ou déficit immunitaire

Le fonctionnaire en congé de maladie est considéré comme étant en position d'activité

Le congé de maladie n'est pas une position statutaire, c'est une des modalités de l'activité d'un fonctionnaire. Il en découle plusieurs conséquences.

Le fonctionnaire conserve ses droits à l'avancement (CE, Sect., 3 mai 1957, *Sieur Favier*, Rec. ; CE, 28 janvier 1998, *Chambre de commerce et d'industrie de Paris*, n° 130074, T.), alors même qu'il ne peut faire l'objet d'une notation (CE, Sect., 31 janvier 1964, *Ville de Lyon c/ Dame Dupeuble*, n° 55589, Rec. ; CE, 5 février 1975, *Ministre de l'éducation nationale c/ Dame X...Y...*, n° 92802, Rec.). Il conserve également ses droits à la retraite (CE, 11 mai 1979, *M. Bernard X...*, n° 02499, T.).

Par ailleurs, le fonctionnaire en congé maladie peut en principe participer aux épreuves d'un examen professionnel, si aucune disposition législative ou réglementaire ne lui interdit de s'inscrire. C'est un droit qu'il tient de sa situation statutaire d'activité. En participant à cet examen, le fonctionnaire n'accomplit pas effectivement des fonctions qu'il est normalement dans l'impossibilité d'exercer dans le service ni n'accomplit des activités incompatibles avec les exigences de sa situation, sauf contre-indication médicale relative aux épreuves de l'examen (CE, 2 juillet 2007, *Centre national de la fonction publique territoriale*, n° 271949, Rec.).

En outre, s'il était à temps partiel, il peut en demander le renouvellement, alors même qu'il demeure en congé de maladie. La rémunération qui lui est due pendant son congé

grave et acquis. Cette liste est limitative (CE, 28 janvier 1998, *M. X...*, n° 162222, Rec.). Le fonctionnaire atteint de l'une de ces maladies doit être dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions (CE, 26 mai 2014, *Mme B...A...*, n° 370123, T.). D'une durée maximale de cinq ans, ce congé assure au fonctionnaire le maintien de son traitement pendant les trois premières années, puis de sa moitié les deux années suivantes.

D'un point de vue chronologique, la période de congé de maladie ordinaire est prise en compte dans le calcul de la durée du congé de longue maladie ou du congé de longue durée s'il a été accordé pour l'affection ouvrant droit à ces deux derniers congés.

En outre, un fonctionnaire ne peut être placé en congé de longue durée qu'après avoir épuisé ses droits à congé de longue maladie rémunéré à plein traitement, soit une année. La période de congé de longue maladie à plein traitement est décomptée, lorsque ce congé a été attribué au fonctionnaire au titre de l'affection ouvrant droit au congé de longue durée, comme une période de congé de longue durée (CE 20 mars 2013, *Commune de Biguglia*, n° 347635, T. ; CE 30 déc. 2013, *Département de l'Aube*, n° 361946, T.).

est calculée sur la base du traitement correspondant à son activité exercée à temps partiel (CE 2 février 1996, *Centre hospitalier régional et universitaire d'Angers*, n° 150103, T.). Il est du reste en droit, sous certaines conditions, de se maintenir dans le logement qui lui a été concédé pour nécessités de service²⁶ (cf. la fiche 70 « Le logement de fonction ») et, le cas échéant, il peut solliciter le bénéfice de la protection fonctionnelle pour des faits dont il a été victime avant qu'il ne soit placé en congé de maladie (CE, 12 mars 2010, *Commune de Hoenheim*, n° 308974, T.) (cf. la fiche n° 23 « La protection fonctionnelle »).

Enfin, la période pendant laquelle il est en congé pour raison de santé est regardée comme un service accompli pour la constitution des droits à congés annuels²⁷ (cf. la fiche n° 71 « Les congés annuels »). En effet, le fonctionnaire en congé de maladie ne perd pas le bénéfice de ses congés annuels. Le droit européen (article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 relative à certains aspects de l'aménagement du temps de travail) fait obstacle à l'extinction du droit au congé annuel à l'expiration d'une certaine période lorsque le travailleur a été en congé de maladie durant tout ou partie de cette période (CE, 26 octobre 2012, *M. A...B...*, n° 346648, T.). En l'absence de dispositions législatives ou réglementaires fixant une période de report, le juge peut, en principe, considérer, afin d'assurer le respect des dispositions de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, que ces congés peuvent être pris au cours d'une période de quinze mois après le terme de cette année. Ce

²⁵ Cf. arrêté du 14 mars 1986 relatif à la liste des maladies donnant droit à l'octroi de congés de longue maladie ; v. aussi, pour les fonctionnaires territoriaux, arrêté du 30 juillet 1987 relatif à la liste indicative des maladies pouvant ouvrir droit à un congé de longue maladie.

²⁶ Pour la fonction publique d'État : art. 37 du décret n° 86-442 du 14 mars 1986 ; pour la fonction publique territoriale : art. 27 du décret n° 87-602 du 30 juillet 1987 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 26 du décret n° 88-386 du 19 avril 1988.

²⁷ Pour la fonction publique d'État : art. 1^{er} du décret n° 84-972 du 26 octobre 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 1^{er} du décret n° 85-1250 du 26 novembre 1985 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 1^{er} du décret n° 2002-8 du 4 janvier 2002.



droit au report, s'exerce dans la limite de quatre semaines de congés annuels, ainsi que le prévoit l'article 7 de ladite directive (CE, Avis, 26 avril 2017, n° 406009, Rec.).

En revanche, le fonctionnaire n'acquiert pas de nouveau droit à congé annuel pendant son congé de maladie. Ce congé ne donne pas lieu non plus à l'acquisition de jours de réduction du temps de travail (CE, 27 février 2013, *Syndicat Sud Intérieur*, n° 355155, T.) (cf. la fiche n° 63 « Le temps de travail effectif »).

Le fonctionnaire qui cesse d'être en congé de maladie est réintégré dans ses fonctions

Sur demande du fonctionnaire, ou à l'issue du congé, la réintégration est de droit, sous réserve de l'avis favorable du comité médical. L'intéressé est en droit de réoccuper son emploi précédent, sauf pour le congé de longue durée où il dispose seulement du droit à être réintégré dans des fonctions correspondantes à son grade (CE, 19 juin 1992, *Commune de Bruguières c/ Mme X...*, n° 114966, T.).

Si à l'issue du congé, le fonctionnaire n'est toujours pas en capacité d'occuper son emploi, l'administration doit

Par ailleurs, le fonctionnaire en congé de maladie peut être suspendu à titre conservatoire (CE, 31 mars 2017, n° 388109, T. ; inversement, un fonctionnaire suspendu peut être placé en congé de maladie (CE, 22 février 2006, *Ministre de l'agriculture c/ M. X...*, n° 279756, T. ; CE, 26 juillet 2011, *M. Bruno A...*, n° 343837, T.) et peut faire l'objet d'une sanction disciplinaire (CE, 11 mai 1979, *M. Bernard X...*, n° 02499, T.).

favoriser la reprise d'un service en adaptant le poste de travail ou en reclassant l'intéressé dans un autre emploi voire dans un autre corps²⁸ (cf. la fiche n° 76 « Inaptitude et reclassement »). A défaut, l'administration peut placer le fonctionnaire en disponibilité d'office ou le radier des cadres si celui-ci est définitivement inapte la radiation des cadres pour inaptitude définitive au service ne peut intervenir qu'à l'expiration des droits à congé de maladie et congé de longue durée (CE Section, 22 décembre 1972, *Sieur X...*, n° 80100, Rec.).

28 Pour la fonction publique d'État : art. 63 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 81 et s. de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 71 et s. de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.



FICHE N° 75 :

Le temps partiel pour raison thérapeutique

CE, 12 mars 2012, Mme Isabelle A..., n° 340829, T.



L'essentiel

Le régime du temps partiel pour raison thérapeutique, qui doit être distingué du temps partiel « de droit commun », répond à une situation exceptionnelle : il s'agit d'améliorer l'état de santé d'un agent public par une reprise à temps réduit, ou de prendre en compte la nécessité de sa rééducation ou de sa réadaptation professionnelle. Le Conseil d'État a pris pleinement compte de cette « valeur sociale » du temps partiel pour raison thérapeutique dans ses décisions relatives au maintien de l'intégralité du traitement. Certaines spécificités procédurales complètent le caractère protecteur de ce régime dérogatoire de temps partiel.



Les mots du juge

« Considérant (...) que (...) le fonctionnaire autorisé à travailler à mi-temps pour raison thérapeutique sur le fondement de l'article 41-1 de la même loi a, dans tous les cas, droit à l'intégralité de [son] traitement ; qu'il s'ensuit que la décision plaçant l'agent sous le régime du mi-temps thérapeutique met fin au régime du travail à temps partiel et qu'en l'absence de dispositions prévoyant qu'il soit tenu compte du régime antérieur de temps partiel, l'intéressé a droit de percevoir, dans cette position, l'intégralité du traitement d'un agent du même grade exerçant à temps plein les mêmes fonctions » (CE, 12 mars 2012, Mme Isabelle A..., n° 340829, T.)



Commentaire

Un dispositif statutaire dérogatoire qui répond à une philosophie protectrice pour les agents publics

Pratiqué depuis longtemps sur le fondement des dispositions régissant le temps partiel, le *temps partiel pour raison thérapeutique* a été introduit dans le statut général de la fonction publique par la loi n° 94-628 du 25 juillet 1994, initialement sous la forme d'un *mi-temps pour raison thérapeutique*²⁹.

La loi n° 2007-148 du 2 février 2007 a substitué au *mi-temps* un *temps partiel* afin, notamment, d'adapter son régime à la diversité des situations pathologiques. D'une durée maximale d'un an, l'intéressé peut exercer ses fonctions pour une quotité de travail ne pouvant être inférieure au mi-temps.

Il est à noter que si les agents publics contractuels peuvent également bénéficier d'un service à temps partiel pour raison thérapeutique, celui-ci leur est octroyé dans les mêmes conditions que celles prévues pour les salariés du secteur privé³⁰.

Aux termes de la loi, un temps partiel pour raison thérapeutique peut être accordé aux fonctionnaires dans deux cas :

- après un congé de maladie ordinaire, un congé de longue maladie ou un congé de longue durée (cf. la fiche n° 74 « Les congés de maladie »), pour une période de trois mois renouvelable dans la limite d'un an, pour une même affectation ;

²⁹ Pour la fonction publique d'État : art. 34 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : 4° de l'art. 57 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 41-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

³⁰ Cf. les art. L. 323-1 à L. 323-7 et R. 323-1 à R. 323-12 du code de la sécurité sociale. Pour les agents contractuels de l'État : art. 2 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour les agents contractuels de la fonction publique territoriale : art. 12 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour les agents contractuels de la fonction publique hospitalière : art. 2 du décret n° 91-155 du 6 février 1991.



- après un congé d'invalidité temporaire imputable au service, pour une période maximale de six mois, renouvelable une fois, pour une même affectation.

Il en résulte que le fonctionnaire qui est victime d'un nouvel accident de service ou qui souffre d'une nouvelle maladie peut, dans les mêmes conditions, prétendre au bénéfice d'un nouveau temps partiel pour raison thérapeutique au titre de cette affection propre.

La demande d'autorisation de prendre un service à temps partiel pour raison thérapeutique est présentée par le fonctionnaire et accompagnée d'un certificat médical favorable établi par son médecin traitant. Elle est accordée après avis concordant du médecin agréé par l'administration. Lorsque les avis du médecin traitant et du médecin agréé ne sont pas concordants, le comité médical compétent ou la commission de réforme compétente est saisi.

Les termes de la loi précisent les motifs pour lesquels, outre les conditions précitées, un temps partiel pour raison thérapeutique peut être octroyé. Son objectif doit tendre, soit à « favoriser l'amélioration de l'état de santé de l'intéressé », soit à « retrouver un emploi compatible avec son état de santé ». Ce dispositif d'aménagement du temps de travail répond ainsi à une même finalité d'ordre social visant, avant tout, à protéger, accompagner et soutenir tout fonctionnaire se trouvant en prise avec des difficultés de réinsertion professionnelle à la suite de graves problèmes de santé. C'est la raison pour laquelle le régime qui lui est applicable doit être distingué du régime applicable au temps partiel de « droit commun », lequel est accordé à la demande du fonctionnaire, sous la seule réserve des nécessités du service (cf. la fiche n° 63 « Le temps de travail effectif »)³¹.

Des spécificités procédurales qui responsabilisent à la fois l'employeur et l'agent

Le Conseil d'État a entendu procurer aux fonctionnaires bénéficiant d'un service à temps partiel pour raison thérapeutique de certaines garanties procédurales. Il a jugé en ce sens que, dans l'hypothèse où la décision octroyant un temps partiel pour raison thérapeutique modifie, dans l'intérêt du service, les attributions antérieurement confiées à l'intéressé, elle doit obligatoirement être précédée de la communication du dossier, ce même si cette décision ne revêt aucun caractère disciplinaire (CE, 11 mars 1991, *M. Laurent X...*, n° 81697, T.).

Inversement, certaines obligations doivent être respectées par le fonctionnaire bénéficiaire d'une décision de

Le caractère dérogatoire du temps partiel pour raison thérapeutique se manifeste tout particulièrement sur le plan de la rémunération. Alors que le fonctionnaire à mi-temps est, en principe, rémunéré dans des proportions qui tiennent compte du temps de travail effectif, celui qui bénéficie d'un temps partiel pour raison thérapeutique a droit à son plein traitement. Il perçoit l'intégralité du traitement d'un agent du même grade exerçant à temps plein les mêmes fonctions, en référence à l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (ce qui, outre le traitement, inclus notamment le supplément familial de traitement et l'indemnité de résidence).

Le Conseil d'État ne manque pas de prendre en compte cette finalité sociale. Ainsi, dès lors qu'un service à temps partiel pour raison thérapeutique est autorisé, la décision correspondante abroge implicitement mais nécessairement la décision antérieure octroyant un service à temps partiel dans le cadre du régime de droit commun (CE, 12 mars 2012, *Mme Isabelle A...*, n° 340829, T.).

De même, il a jugé que, pour la liquidation de la pension d'un agent public, les périodes de service à temps partiel pour raison thérapeutique sont assimilées à des périodes travaillées à temps plein (à propos des ouvriers de l'État qui peuvent bénéficier d'un dispositif analogue à celui aux fonctionnaires : CE, 12 janvier 2004, *Caisse des dépôts et consignations*, n° 249275, T.). Par ailleurs, la doctrine administrative³² comptabilise ces périodes comme du temps plein pour la détermination des droits à l'avancement d'échelon et de grade, d'une part, et l'ouverture de droits à un nouveau congé de longue maladie, d'autre part. En revanche, les droits à congé annuel et les jours accordés au titre de la réduction du temps de travail sont acquis dans les mêmes conditions que les fonctionnaires effectuant un service à temps partiel dans le cadre du droit commun.

placement en temps partiel pour raison thérapeutique, prise conformément aux recommandations du comité médical. Ainsi, la mise en demeure tendant à ce que, à l'issue d'un congé pour raison de santé, un fonctionnaire reprenne ses fonctions, sous peine de radiation des cadres pour abandon de poste, est régulière dès lors que, même sans indiquer les caractéristiques de l'emploi, elle précise à l'intéressé qu'il reprendra son travail sur un poste aménagé dans le cadre d'un temps partiel pour raison thérapeutique (CE, 19 novembre 2007, *Commune de Neuhaeusel*, n° 296115, T.).

31 Pour la fonction publique d'État : art. 37 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 60 bis de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 46-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

32 Cf. la circulaire du ministre de l'action et des comptes publics du 15 mai 2018.



FICHE N° 76 :

Inaptitude physique et reclassement

CE, 26 février 2007, Agence nationale pour l'emploi, n° 276863, T.



L'essentiel

La procédure de reclassement permet aux agents publics devenus physiquement inaptes à occuper leur emploi, d'exercer, à leur demande, d'autres fonctions adaptées à leur inaptitude. S'il s'agit d'une obligation de moyen et non de résultat pour l'administration qui doit s'efforcer de trouver des solutions de reclassement, le Conseil d'État a renforcé son contrôle sur les employeurs publics qui doivent s'efforcer d'en garantir l'effectivité.



Les mots du juge

« Considérant qu'il résulte du principe général du droit dont s'inspirent tant les dispositions du code du travail relatives à la situation des salariés qui, pour des raisons médicales, ne peuvent plus occuper leur emploi que les règles statutaires applicables dans ce cas aux fonctionnaires, que, lorsqu'il a été médicalement constaté qu'un salarié se trouve de manière définitive atteint d'une inaptitude physique à occuper son emploi, il appartient à l'employeur de le reclasser dans un autre emploi et, en cas d'impossibilité, de prononcer, dans les conditions prévues pour l'intéressé, son licenciement ; que ce principe est applicable en particulier aux agents contractuels de droit public (...) ; que les dispositions législatives précitées, en subordonnant le reclassement à la présentation d'une demande par l'intéressé, ont pour objet d'interdire à l'employeur d'imposer un tel reclassement, mais ne le dispensent pas d'inviter l'intéressé à formuler une telle demande »

(CE, 26 février 2007, Agence nationale pour l'emploi, n° 276863, T.)



Commentaire

Une garantie statutaire récente consacrée comme principe général du droit

Dès l'instauration des premiers dispositifs de reclassement dans la fonction publique, le Conseil d'État a estimé qu'il s'agissait d'une garantie procédurale devant permettre à l'intéressé d'être, selon son souhait, maintenu dans les cadres (CE, 17 février 1965, *Sieur X...*, n° 61666, Rec.). Sauf dispositions spéciales, notamment pour les fonctionnaires de police, les agents devenus physiquement inaptes à l'exercice de leurs fonctions étaient radiés des cadres et admis au bénéfice d'une pension d'invalidité sans possibilité de reclassement. La seule garantie tenait à ce que cette radiation d'office ne pouvait intervenir avant l'expiration des droits à congé de maladie de l'intéressé (CE, Sect., 22 décembre 1972, *Sieur X...*, n° 80100, Rec.).

Ce sont les lois statutaires de 1984 et 1986 qui, suivant des dispositions comparables³³, ont ouvert aux fonctionnaires devenus physiquement inaptes à l'exercice de leurs fonctions la possibilité de bénéficier d'une *procédure de reclassement* afin de leur offrir une autre *issue* que la radiation des cadres avant l'admission au bénéfice d'une pension d'invalidité.

Depuis, le Conseil d'État a renforcé la procédure de reclassement pour inaptitude physique afin d'en faire, au-delà de son application aux fonctionnaires, un principe général du droit couvrant l'ensemble des agents contractuels de droit public (CE, 2 octobre 2002, *Chambre de commerce et de l'industrie de Meurthe-et-Moselle*, n° 227868, Rec. ; CE,

33 Pour la fonction publique d'État : art. 63 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 81 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 71 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986. Ces dispositions ne sont cependant pas identiques : dans la fonction publique d'État, le reclassement proprement dit du fonctionnaire n'est possible que dans un autre corps de fonctionnaires alors que dans la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière, le reclassement peut aussi s'effectuer dans un autre grade du même corps ou cadre d'emplois de l'agent (cf. les art. 84 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et 74 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986).



26 février 2007, *Agence nationale pour l'emploi*, n° 276863, T. ; CE, 19 mai 2017, *M. A...*, n° 397577, T. ; CE, 25 mai 2018, *M. A...*, n° 407336, Rec.).

L'effectivité du principe a été consolidée par des décisions permettant de s'assurer, d'une part, que l'intéressé a été en mesure d'exprimer son choix et, d'autre part, que l'administration a suivi une démarche active pour rechercher – selon une obligation de moyen et non de résultat – un emploi dans lequel le reclasser.

Pour saisir le fondement du dispositif, il faut rappeler que la procédure de reclassement permet, à la demande de l'agent, de chercher à le maintenir dans l'emploi. C'est la

raison pour laquelle, reconnaissant une limite au champ d'application *ratione personae* de ce principe général du droit, le Conseil d'État estime que les fonctionnaires stagiaires, qui sont dans une situation probatoire et provisoire au regard de l'emploi public, n'ont aucun droit à bénéficier d'une obligation de reclassement pour inaptitude physique (CE, 17 février 2016, *Ministre de l'intérieur c/M. A...*, n° 381429, Inédit).

La procédure de reclassement peut intervenir lorsque l'agent est en service, ou bien lorsqu'il parvient à expiration de ses droits à congé de maladie et que le comité médical émet un avis défavorable à la reprise de ses fonctions.

Les clarifications jurisprudentielles apportées à la procédure de reclassement pour inaptitude physique

Des précisions jurisprudentielles ont été apportées à chaque étape de la procédure de reclassement pour inaptitude physique.

Préalablement à la procédure de reclassement, il appartient à l'administration, sous réserve des nécessités du service, de rechercher un poste de travail adapté à l'état de santé de l'agent qui n'est plus apte physiquement à exercer ses fonctions (CE, 21 janvier 2015, *Mme B...A...*, n° 357904, T.) ou bien, lorsque celui-ci demande à reprendre ses fonctions après avoir été placé en congé de maladie, de rechercher un poste adapté à l'état de santé lorsque l'avis du comité médical favorable à une reprise est subordonné à cette condition (CE, 12 mai 2015, *Commune de Bassan*, n° 360662, T.). Cependant, il n'existe aucun droit statutaire à être affecté sur un poste adapté consécutivement à l'altération de l'aptitude physique d'un agent. L'administration étant seulement tenue d'affecter tout fonctionnaire sur un emploi correspondant à son grade, la seule obligation qui lui incombe est d'examiner la demande d'aménagement des conditions de travail ou d'affectation sur un poste adapté, en tenant compte de l'état de santé de l'intéressé et de son projet professionnel (CE, 28 décembre 2012, *Mme A...*, n° 350043, Inédit). Si un tel aménagement est possible, celui-ci doit être affecté sur le poste adapté à son aptitude ; s'il ne l'est pas, dans un second temps, l'administration peut l'affecter dans un autre emploi de son grade, dans lequel les conditions de service sont de nature à lui permettre d'assurer les fonctions correspondantes à cet emploi.

En contrepartie de cette obligation de moyen, le fonctionnaire ne peut pas refuser de reprendre son travail sur un poste aménagé, sauf à être radié des cadres pour abandon de poste (CE, 19 novembre 2007, *Commune de Neuhaeusel*, n° 296115, T.).

L'adaptation du poste est un *préalable obligatoire* au reclassement. Il ne s'agit donc pas d'une mesure de reclassement (CE, 7 décembre 2018, *Région Hauts-de-France*, n° 401812, T.). Pour autant, la légalité d'un reclassement est subordonnée à la condition que l'administration ait constaté l'impossibilité d'adapter un poste de travail à l'état de santé de l'intéressé (CE, 15 novembre 2010, *Mme Mireille A ...*, n° 330099, T.).

La *procédure de reclassement* intervient lorsque le fonctionnaire ne peut pas remplir les fonctions correspondant aux emplois de son grade, même sur un poste adapté. L'administration, après avis du comité médical, doit alors inviter l'intéressé à présenter une demande de reclassement dans un emploi d'un autre corps. Il s'agit de l'obligation, consacrée comme principe général du droit, de chercher à reclasser l'agent devenu inapte à ses fonctions avant de prendre une mesure de licenciement (pour un agent contractuel), de disponibilité d'office ou de radiation des cadres (pour un agent titulaire). Le reclassement de l'intéressé peut intervenir sur un emploi d'un corps de niveau supérieur (par voie de concours ou d'examen professionnel), équivalant ou inférieur à son corps d'origine (par voie de détachement).

Afin d'accompagner la transition professionnelle vers le reclassement des agents devenus inaptes, l'article 9 de l'ordonnance n° 2017-53 du 19 janvier 2017³⁴ a instauré une période de préparation au reclassement d'une durée maximale d'un an.

Une procédure de reclassement est subordonnée à la présentation d'une demande de l'intéressé. Cette condition est interprétée par le Conseil d'État comme plaçant l'administration dans l'obligation d'inviter celui-ci à ce qu'il formule une telle demande (CE, 26 février 2007, *Agence nationale pour l'emploi*, n° 276863, T.). En effet, en subordonnant le reclassement à la présentation d'une demande par l'agent, la loi a pour seul objet d'interdire à l'employeur public d'imposer un reclassement qui ne correspondrait pas aux souhaits de l'intéressé. Elle n'implique pas, cependant, que la demande précise la nature des emplois sur lesquels celui-ci sollicite son reclassement (CE, 17 mai 2013, *Mme A...B...*, n° 355524, T.). Par ailleurs, cette obligation fait obstacle à ce que l'administration puisse, à l'expiration des droits à congé de maladie d'un agent reconnu inapte physiquement à reprendre ses fonctions, le placer en disponibilité d'office sans l'avoir préalablement invité à présenter, s'il le souhaite, une demande de reclassement. La mise en disponibilité d'office ne peut être prononcée qu'ultérieurement, soit en l'absence d'une telle demande, soit si cette dernière ne peut être immédiatement satisfaite (CE, 7 juillet 2006, *Commune de Grandvilliers*, n° 272433, T.).

34 Cet article ajoute un nouvel alinéa dans l'article qui, dans chacune des trois fonctions publiques, traite du reclassement pour inaptitude physique. Sur les modalités de cette préparation, cf. pour la fonction publique d'État : décret n° 2018-502 du 20 juin 2018 ; et pour la fonction publique territoriale : décret n° 2019-172 du 5 mars 2019.



Pour l'agent contractuel qui fait l'objet d'une procédure de reclassement, le Conseil d'État a précisé que l'obligation qui incombe à son employeur implique que, sauf si l'agent manifeste expressément sa volonté non équivoque de ne pas reprendre une activité professionnelle, l'employeur propose à ce dernier un emploi compatible avec son état de santé et aussi équivalent que possible avec l'emploi précédemment occupé ou, à défaut d'un tel emploi, tout autre emploi si l'intéressé l'accepte. Ce n'est que lorsque ce reclassement est impossible, soit qu'il n'existe aucun emploi vacant pouvant être proposé à l'intéressé, soit que l'intéressé est déclaré inapte à l'exercice de toutes fonctions ou soit que l'intéressé refuse la proposition d'emploi qui lui est faite, qu'il appartient à l'employeur de prononcer, dans les conditions applicables à l'intéressé, son licenciement (CE, 19 mai 2017, M. A... n° 397577, T. ; CE, 25 mai 2018, M. B...A..., n° 407336, Rec.).

En revanche, l'employeur ne procède pas au reclassement d'un agent contractuel lorsque, après avoir constaté son inaptitude physique à la poursuite de ses fonctions sur le poste qu'il occupait, il décide de l'affecter, dans le respect des stipulations de son contrat, sur un poste compatible avec son état de santé (CE, 7 décembre 2018, Région Île-de-France, n° 401812, T.).

En outre, il a estimé que le poste de reclassement proposé par rapport au poste sur lequel l'agent a été recruté doit inclure la durée stipulée du contrat sans que les dispositions applicables, le cas échéant, au recrutement des agents contractuels puissent y faire obstacle (CE, 13 juin 2016, Mme A...B... épouse C..., n° 387373, Rec.). Cela signifie, par exemple, que si l'emploi proposé à l'agent au titre du reclassement aurait normalement conduit, pour un premier recrutement, à conclure un contrat à durée déterminée, celui-ci peut l'occuper à durée indéterminée s'il est titulaire d'un contrat à durée indéterminée.

La situation de l'agent public inapte physiquement que son employeur n'est pas en mesure de reclasser immédiatement

Lorsque, à l'expiration de ses droits à congé de maladie ou au terme d'une disponibilité, un fonctionnaire est affecté d'une *inaptitude physique temporaire* et que son administration ne peut le reclasser immédiatement, il est mis en disponibilité d'office pour une durée maximale de quatre ans³⁵. S'il est affecté d'une *inaptitude physique définitive*, il est admis à la retraite pour invalidité (art. L. 27 à L. 29 du code des pensions civiles et militaires) ou, s'il n'a aucun droit à pension, licencié sans indemnité³⁶.

Une ultime garantie a été consacrée par le Conseil d'État lorsqu'un licenciement pour inaptitude physique est envisagé. Conformément au principe général des droits de la défense, un tel licenciement ne peut légalement intervenir sans que l'agent public ait été mis en mesure de demander la communication de son dossier administratif et non de son seul dossier médical (CE, 9 mai 2005, M. X...A..., n° 262288, Rec.) et sans que la CAP n'ait été consultée pour avis.

Du fait des dispositions statutaires spécifiques régissant les congés pour raison de santé, le Conseil d'État avait

jugé que le fonctionnaire qui n'est plus apte à reprendre son service *pour une cause imputable au service ou pour l'une des autres causes exceptionnelles prévues à l'article L. 27 du code des pensions civiles et militaires de retraite* et pour lequel, d'une part, l'adaptation du poste n'est pas possible et, d'autre part, le reclassement n'a pas été demandé malgré l'invitation faite par l'administration ou n'est pas possible, a droit au bénéfice de son plein traitement jusqu'à ce qu'il soit en état de reprendre le service ou jusqu'à sa mise à la retraite d'office (CE, Sect., 18 décembre 2015, Mme B...A..., n° 374194, Rec.). Avec la création d'un congé temporaire d'invalidité imputable au service par l'ordonnance n° 2017-53 du 19 janvier 2017 (conservation du plein traitement jusqu'à la reprise du service ou la mise à la retraite de l'intéressé), cette jurisprudence ne concerne plus, désormais, que les fonctionnaires qui souffrent d'une blessure ou d'une maladie consécutive soit à l'accomplissement d'un acte de dévouement dans un intérêt public, soit au fait d'avoir exposé ses jours pour sauver la vie d'une ou plusieurs personnes (art. L. 27 du code des pensions civiles et militaires de retraite).

35 Pour la fonction publique d'État : art. 51 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 et art. 43 du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 ; pour la fonction publique territoriale : art. 72 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et art. 19 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 62 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 et art. 29 du décret n° 88-976 du 13 octobre 1988.

36 Pour la fonction publique d'État : art. 49 du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985 ; pour la fonction publique territoriale : art. 26 du décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 37 du décret n° 88-976 du 13 octobre 1988.



FICHE N° 77 :

Handicap

CE, 14 novembre 2008, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, n° 311312, T.



L'essentiel

À l'occasion du recrutement, comme pendant l'exercice des fonctions, le juge administratif apprécie *in concreto* les mesures de compensation du handicap de certains travailleurs afin d'assurer l'égalité d'accès à la fonction publique ainsi que l'égalité de traitement entre agents publics. Le respect de la protection accordée par la loi aux travailleurs handicapés se traduit, dans la fonction publique, par le fait que les conditions d'aptitude physique exigées pour l'accès à un emploi doivent être véritablement justifiées par les nécessités de la fonction et ne doivent pas pouvoir être compensées par des mesures d'aménagement raisonnables. C'est à l'administration qu'il revient de prouver la réalité de l'inaptitude physique à exercer les fonctions en tenant compte des possibilités de compensations techniques et humaines.



Les mots du juge

« Considérant que les dispositions [des articles 5 et 6 sexies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 et de l'article 27 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984] imposent à l'autorité administrative de prendre tant les règlements spécifiques que les mesures appropriées au cas par cas pour permettre l'accès de chaque personne handicapée à l'emploi auquel elle postule sous réserve, d'une part, que ce handicap n'ait pas été déclaré incompatible avec l'emploi en cause et, d'autre part, que lesdites mesures ne constituent pas une charge disproportionnée pour le service ; que ces dispositions ne font pas obstacle à l'édition, pour le bon fonctionnement du service public, des obligations de portée générale qui fixent des conditions d'aptitude physique liées à l'exercice même de certains emplois »
(CE, 14 novembre 2008, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, n° 311312, T.)



Commentaire

La jurisprudence administrative a accompagné l'ouverture progressive de la fonction publique aux personnes en situation de handicap

Les conditions relatives à l'aptitude physique devant être remplies pour accéder à la fonction publique – dont la légalité est reconnue de longue date par le juge administratif (CE, 12 janvier 1938, *Sieur Péliissier*, Rec.) – ont constitué un frein objectif à l'emploi par l'administration des travailleurs handicapés. La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 a levé cet obstacle par la consécration d'un principe général de non-discrimination, à raison du caractère objectif, nécessaire et approprié des dispositifs permettant des différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée en raison du handicap, l'institution d'un mécanisme de compensation du handicap et la fixation, à l'article L. 5212-2 du code du travail (applicable aux employeurs publics), d'une obligation d'emploi en faveur des travailleurs dont les possibilités d'acquérir ou de conserver un emploi sont

réduites par suite d'une insuffisance de leurs capacités physiques ou mentales.

Dès avant les modifications apportées par la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 au droit de la fonction publique (cf. *infra*), la jurisprudence administrative a accompagné l'accès et le maintien dans l'emploi public des personnes handicapées. Dans sa décision *Loubeyre* (CE, 25 juillet 1952, Rec.), le Conseil d'État avait jugé que la cécité n'était pas incompatible avec l'exercice d'un emploi de l'enseignement supérieur. De même, il veillait à ce que le refus de nomination d'une personne handicapée, dont le handicap avait été reconnu compatible avec l'emploi auquel cette personne postulait, ne soit pas fondé sur l'insuffisance des capacités physiques ou mentales du candidat (CE,



12 novembre 1975, *Sieur Place, dit Alexander*, n° 93785, Rec.). À l'occasion d'un refus de nomination opposé à un candidat à un emploi public et fondé sur son inaptitude physique à exercer cet emploi, le Conseil d'État avait élargi son contrôle non seulement à la vérification de l'existence matérielle de l'infirmité invoquée par l'administration, mais encore à l'appréciation de la compatibilité de cette infirmité avec l'exercice de cet emploi (CE, 6 avril 1979, *M. X...*, n° 09510, T.).

Cette construction jurisprudentielle a atteint un nouveau palier, peu avant l'adoption de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005, dans une décision *Monnier* (CE, 30 avril 2004, n° 254106, T.). À propos des conditions générales d'accès aux fonctions publiques, le Conseil d'État a renforcé son contrôle pour vérifier la réalité de l'effort d'adaptation de l'environnement de travail, au sein de l'administration, au handicap dont souffre un candidat à l'emploi public. Surtout, la décision *Monnier* reconnaît un devoir de « compenser les conséquences [d'un] handicap » en recherchant notamment les mesures d'aménagement du poste susceptibles de rendre le handicap du candidat compatible avec l'emploi considéré. Après la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, qui imposait des aménagements raisonnables permettant de prévenir les désavantages résultant d'un handicap dans l'exercice d'une activité professionnelle, mais avant l'introduction dans le statut général du principe de « compensation du handicap » (art. 5 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983), la conciliation entre le principe d'égalité d'accès à l'emploi public et l'examen *in concreto* des possibilités d'aménagement du travail constituait un aiguillon essentiel du juge.

Outre la recherche d'une effectivité des dispositions en faveur des personnes handicapées dans leur accès à l'emploi public, le législateur énonce, depuis la loi n° 2005-102 du 11 février 2005, à l'article 6 *sexies* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 un principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés qui doit conduire l'administration à prendre, « en fonction des besoins dans une situation concrète », les mesures appropriées pour « permettre aux travailleurs [handicapés] d'accéder à un emploi ou de

conserver un emploi correspondant à leur qualification ». Cette obligation implique que l'administration prenne, au cas par cas, des dispositions permettant de faciliter l'emploi d'une personne handicapée. Enfin, les lois statutaires propres à chacune des trois fonctions publiques³⁷ ont également posé un principe de non-discrimination : aucune personne ne peut, du seul fait de son handicap, être écartée d'un emploi public.

Ce n'est qu'« à titre exceptionnel », comme le prévoit l'article 22 du décret n° 86-442 du 14 mars 1986, que l'admission dans certains corps « peut être subordonnée à des conditions d'aptitude physique particulières ». Dans ce cadre général, le Conseil d'État a jugé que l'administration devait prévoir des mesures adaptées pour l'accès des personnes handicapées à un emploi public, alors même que ces personnes ne pourraient pas satisfaire aux obligations de qualification pouvant être exigées pour l'accès à cet emploi, sous réserve que ce handicap n'ait pas été déclaré incompatible avec l'emploi en cause et que ces mesures ne constituent pas une charge disproportionnée pour le service (CE, 14 novembre 2008, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, n° 311312, T.).

Enfin, depuis l'adoption de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016, l'article 6 *sexies* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 prévoit que « ces mesures incluent notamment l'aménagement de tous les outils numériques concourant à l'accomplissement de la mission des agents, notamment les logiciels métiers et de bureautique ainsi que les appareils mobiles ».

La loi n° 2019-828 du 6 août 2019 a renforcé les obligations des employeurs en termes de parcours professionnels et de déroulement de carrière en modifiant en ce sens l'article 6 *sexies* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée. La même loi pose désormais le principe selon lequel « pour tout changement d'emploi dans le cadre d'une mobilité », les administrations prennent les mesures appropriées permettant aux agents, bénéficiaires de l'obligation d'emploi, « de conserver leurs équipements contribuant à l'adaptation de leur poste de travail ».

Le recrutement par concours, terrain d'élection privilégié du principe de compensation

Il faut relever que le législateur a autorisé les employeurs publics à déroger à la règle du recrutement par concours en ouvrant la possibilité d'un recours à un recrutement par contrat, réservé en particulier aux « travailleurs reconnus handicapés » par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 146-9 du code de l'action sociale et des familles, qui leur donne ensuite vocation à être titularisés dans un corps ou cadre d'emplois de catégorie A, B ou C. La reconnaissance de la qualité d'« travailleur handicapé », et le contentieux qui peut en résulter, est soumise à un contrôle du juge (CE, avis, 6 avril 2007, *M. Tiago A...*, n° 293238, Rec. ; CE, 12 avril 2013, *Mme B...A...*, n° 364239, Rec.).

La loi n° 2019-828 du 6 août 2019 a élargi le champ de ces modalités dérogatoires à travers deux dispositifs mis en place à titre expérimental. La première expérimentation prévue à l'article 91 de ladite loi prévoit un dispositif permettant la titularisation des bénéficiaires de l'obligation d'emploi à l'issue de leur contrat d'apprentissage au sein de la fonction publique. La seconde expérimentation prévue à l'article 93 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 concerne la mise en place d'un dispositif permettant aux fonctionnaires relevant de l'une des catégories de bénéficiaires de l'obligation d'emploi d'accéder, selon des modalités dérogatoires, d'accéder à un corps ou cadre d'emploi ou une catégorie supérieurs.



³⁷ Pour la fonction publique d'État : art. 27 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 35 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 27 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

Toutefois, c'est à propos du recrutement par concours que le Conseil d'État a apporté plusieurs précisions jurisprudentielles visant à affermir, par une appréciation *in concreto* du principe de compensation, les droits des travailleurs handicapés dans la fonction publique. En effet, le respect du principe de compensation du handicap, qui doit se traduire par des aménagements nécessaires et appropriés lors des épreuves, permet de garantir l'égalité entre les candidats au concours.

Ce contrôle juridictionnel est exercé en amont comme en aval du concours.

Pour le Conseil d'État, l'obligation d'indiquer lors de son inscription au concours la nature des aides prescrites par le médecin agréé pèse sur le candidat handicapé. En effet, « *il appartient aux personnes affectées d'un handicap permanent ou non, qui se présentent à des épreuves de concours, de demander, avant qu'elles ne débutent, à l'institution qui les organise, de procéder aux adaptations de ces épreuves rendues nécessaires par leur handicap, dès lors que ces adaptations sont conformes au principe d'égalité entre les candidats* » (CE, 25 mai 2007, *M. Thierry A...*, n° 289050, T.). Si, après avis du médecin agréé, le jury du concours décide des aménagements d'épreuves, il ne lui appartient pas d'apprécier l'aptitude physique du candidat (CE, 21 janvier 1991, *Mlle Mireille X...*, n° 103427, Rec.). Pour sa part, l'institution qui organise le concours doit s'assurer de l'accessibilité des salles, surtout lorsqu'elle est informée de la participation aux épreuves d'un candidat handicapé (à propos du principe d'accessibilité des lieux publics : CE, Ass., 22 octobre 2010, *Mme Marianne A...*, n° 301572, Rec.).

Il appartient au juge administratif de contrôler les conditions dans lesquelles ces dérogations, qui doivent être adaptées à la nature et à la technicité des épreuves compte tenu des précisions apportées par les candidats sur leurs besoins, ont été mises en œuvre par le jury lors du déroulement des épreuves (CE, 24 novembre 2017, *M. A...B...*, n° 399324, T.).

Ainsi, le juge administratif contrôle que, pendant le déroulement du concours, la personne chargée de lire à un candidat handicapé les documents pour une épreuve a

les aptitudes requises pour procéder à la lecture à voix haute dans les conditions répondant aux exigences du concours. À défaut, les opérations du concours sont entachées d'irrégularité (CE, 18 novembre 2009, *M. A...*, n° 318565, Rec.). En aval, la juridiction administrative contrôle l'existence d'un handicap et la compatibilité de celui-ci avec l'exercice des fonctions que le candidat sera amené à exercer, cette vérification par l'administration étant possible jusqu'à la date de la nomination (CE, 29 mai 2000, *M. X...*, n° 184782, Rec.).

La loi n° 2019-828 du 6 août 2019 a modifié les lois statutaires de chacun des versants de la fonction publique afin d'ajuster le régime des aménagements des épreuves de concours en vue d'une meilleure prise en compte de la situation des candidats.

Au stade du recrutement, dès avant la décision *Monnier*, le Conseil d'État avait affirmé que l'appréciation de la compatibilité du handicap avec l'exercice des fonctions doit s'effectuer, en prenant en considération les aménagements que l'employeur est tenu de mettre en place pour les personnes handicapées (CE, 29 juillet 2002, *M. Hichem X...*, n° 238516, T.).

Tout candidat admis doit respecter, pour accéder à la fonction publique, les conditions fixées à l'article 5 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, notamment les conditions de nationalité, la jouissance des droits civiques et, s'agissant de l'aptitude physique, la vérification par le médecin agréé de l'administration que le handicap n'est pas incompatible avec l'exercice de l'emploi « *compte tenu des possibilités de compensation du handicap* ». En pratique, le fonds d'insertion des personnes handicapées (FIPH) permet d'octroyer des aides susceptibles de couvrir une partie des dépenses résultant de l'aménagement du poste de travail.

Enfin, il doit être signalé que les fonctionnaires et, en vertu d'un principe général du droit, les agents contractuels de droit public (CE, 2 octobre 2002, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, n° 227868, Rec.) qui sont devenus physiquement inaptes, fût-ce de manière définitive, ont droit à être reclassés par leur employeur (cf. la fiche n° 76 « Inaptitude et reclassement »).



FICHE N° 78 :

L'action sociale

CE, 6 décembre 2002, *M. Philippe X...* n° 222816, T.



L'essentiel

L'action sociale dans la fonction publique, organisée essentiellement par circulaires à partir de 1946, a été récemment définie par le statut général des fonctionnaires. Si l'action sociale constitue un outil de gestion de ressources humaines, qui se traduit par la délivrance de diverses prestations dont le périmètre n'est d'ailleurs pas précisément délimité, sa définition et sa gestion se caractérisent par la place prépondérante donnée au principe de participation. Toutefois, l'action sociale dans la fonction publique ne revêt aucun caractère statutaire, dès lors qu'elle est sans incidence sur la carrière ou les obligations des fonctionnaires.



Les mots du juge

« Considérant que même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité ; qu'ainsi, le ministre (...) était compétent, en l'absence de dispositions législatives et réglementaires applicables, pour fixer les règles relatives au versement des prestations d'action sociale à caractère facultatif, qui n'ont pas le caractère d'avantages statutaires, au personnel de son ministère »

(CE, 6 décembre 2002, *M. Philippe X...*, n° 222816, T.)



Commentaire

Une pratique administrative ancienne, mais une définition légale récente

Juridiquement, l'action sociale constitue l'un des angles morts du « *compromis historique* » fixé par la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires. Il n'en est pas davantage fait mention dans l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959. L'introduction de l'action sociale au sein du statut général des fonctionnaires remonte à la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, qui dispose au second alinéa de son article 9 que : « [Les fonctionnaires] participent à la définition et à la gestion de l'action sociale, culturelle, sportive et de loisirs dont ils bénéficient ou qu'ils organisent ».

Il ne faudrait pas déduire de cette reconnaissance, plutôt discrète et tardive, de l'action sociale par la loi statutaire son inexistence dans la pratique des politiques de gestion des ressources humaines. En réalité, concomitamment à la conception et à la mise en œuvre du premier statut général des fonctionnaires, de grandes circulaires ont organisé cette matière (cf. circulaires n° 9/82 du 16 janvier 1946 et n° 100.27/B2 du 13 août 1948 du ministère des finances). Un avis d'assemblée générale de 2003, par lequel le Conseil d'État a examiné les missions d'une fondation avait été

reconnue d'utilité publique, a apporté d'intéressante précisions sur l'action sociale dans la fonction publique (CE, *Avis*, 23 octobre 2003, *Fondation Jean-Moulin*, n° 369315).

Toutefois, cette reconnaissance ne vaut pas définition. Deux interventions législatives ont permis de préciser le cadre juridique applicable à l'action sociale dans la fonction publique.

D'une part, l'article 25 de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 a complété l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 afin, notamment, de donner une première définition « négative » de l'action sociale : « *Les prestations d'action sociale, individuelles ou collectives, sont distinctes de la rémunération (...) et sont attribuées indépendamment du grade, de l'emploi ou de la manière de servir* ».

D'autre part, et surtout, cette définition « en creux » a été complétée par une seconde définition « positive » de l'action sociale avec l'adoption de la loi n° 2007-148 du 2 février 2007 dont l'article 26 enrichit l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 pour prévoir, notamment,



que : « *L'action sociale, collective ou individuelle, vise à améliorer les conditions de vie des agents publics et de leurs familles, notamment dans les domaines de la restauration, du logement, de l'enfance et des loisirs, ainsi qu'à les aider à faire face à des situations difficiles* ». Ainsi, le législateur caractérise l'action sociale par sa finalité et non par l'énumération d'une liste exhaustive de prestations. Surtout, elle se distingue, comme indiqué ci-dessus, de la rémunération³⁸ (telle que définit par l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983), mais aussi du financement de la protection sociale complémentaire (prévu à l'article 22 bis de la même loi) et des conditions d'hygiène et de sécurité (mentionnées à l'article 23 de cette loi).

Eu égard à la généralité de cette définition, le Conseil d'État a été amené à examiner les effets juridiques attachés à la qualification d'action sociale dans un avis dont la portée n'a pas été remise en cause (CE, Avis, 23 octobre 2003, *Fondation Jean-Moulin*, n° 369315, consultable sur *ConsiliaWeb* ou dans le rapport public annuel du Conseil d'État de 2004, p. 189).

Selon l'avis du Conseil d'État, la qualification d'action sociale ne peut être donnée qu'à des prestations « *qui présentent des caractéristiques garantissant leur vocation sociale et les distinguant des prestations à caractère purement marchand ; ce qui suppose notamment qu'elles ne*

se bornent pas à offrir des services disponibles et aisément accessibles, en termes de localisation et de prix, sur le marché et que leurs conditions d'octroi et de tarification les rendent accessibles à l'ensemble des agents, en particulier ceux à revenus modestes ». Par suite, le Conseil d'État a estimé, dans ce même avis, que relèvent de l'action sociale : « *Toutes les prestations à caractère individuel versées, au cas par cas, après examen de la situation particulière des agents et qui sont, au demeurant, d'un montant souvent modeste, ainsi que les prestations à caractère collectif tournées vers les catégories de personnel les moins favorisées, comme les séjours linguistiques, les séjours dits de découverte, les séjours réservés aux enfants handicapés* ».

Sur le plan organique, il doit être relevé qu'une fondation ou une association – qui, lorsqu'elle est reconnue d'utilité publique, suppose une approbation de ses statuts et du décret portant reconnaissance d'utilité publique par le Conseil d'État –, peut se voir confier par le ministre, en sa qualité de chef de service et dans le respect de leur autonomie, la gestion de prestations d'action sociale au bénéfice des agents publics placés sous son autorité³⁹. Au demeurant, le Conseil d'État a proposé des modèles de statuts aux fondations et associations sollicitant leur reconnaissance d'utilité publique (cf. par ex. le rapport public annuel du Conseil d'État de 2004, p. 192-209).

Conditions et limites de la participation des fonctionnaires à la définition et à la gestion de l'action sociale

L'absence d'énumération des prestations d'action sociale peut s'expliquer par le rôle déterminant donné au dialogue social en matière d'action sociale. Son développement, qui permet d'appuyer le pouvoir d'achat des agents publics (notamment les moins favorisés), et son principe même, qui traduit une fonction d'équité entre les agents publics, rendent consubstantiels les liens entre action sociale et dialogue social. Il s'agit de l'une des spécificités du régime juridique de l'action sociale qui, à l'occasion de son introduction dans le statut général, est mentionnée à la suite du principe de participation des fonctionnaires (au sein du même article 9 qui ne comprenait alors que deux alinéas ; cf. la fiche n° 18 « Le droit de participation à la gestion et au fonctionnement de l'administration »).

D'ailleurs, reconnaissant une pratique particulièrement développée (cf. par ex. au niveau des inter-fonctions publiques : protocole d'accord du 25 janvier 2006 sur l'amélioration des carrières et l'évolution de l'action sociale dans la fonction publique), la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 a affirmé, à l'article 8 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, la qualité des organisations syndicales de fonctionnaires pour « *participer, avec les autorités compétentes, à des négociations relatives [notamment] à l'action sociale* », à tous niveaux pertinents de l'organisation administrative, dans le respect du principe de légalité et des compétences définies pour chaque autorité.

Toutefois, la jurisprudence du Conseil d'État conduit à rappeler que, du point de vue juridique, ces consultations ne s'imposent pas. En effet, les prestations d'action sociale à caractère facultatif servies aux personnels d'une administration n'ont pas le caractère d'avantages statutaires (CE, 6 décembre 2002, *M. Philippe X...*, n° 222816, T.). Il en résulte notamment que « *ni les dispositions précitées de l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, ni aucun principe n'imposent la consultation des agents soit directement soit par l'intermédiaire des organisations syndicales représentatives sur les textes relatifs à la gestion des prestations d'action sociale* » (CE, 13 janvier 2003, *Mutuelle générale des services publics et autres*, n° 235176, Inédit). Cette solution jurisprudentielle se déduit notamment de la lecture des dispositions de l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 qui distinguent, d'une part, l'élaboration des règles statutaires ainsi que l'examen des décisions relatives à la carrière des agents publics et, d'autre part, la définition et la gestion de l'action sociale.

Or, en l'absence de caractère statutaire et faute de dispositions législatives et réglementaires, tout chef de service peut, en revanche, pour prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de son administration (CE, Sect., 7 février 1936, *Sieur X...Charles-Emile*, n° 43321, Rec. ; cf. la fiche n° 11 « Le pouvoir réglementaire du chef de service »), instituer des organismes destinés à assurer

38 Cette distinction entre action sociale et rémunération a des conséquences importantes pour la fonction publique territoriale. En effet, dès lors que la loi précise que les prestations sociales servies par les collectivités locales sont distinctes de la rémunération et attribuées indépendamment du grade, de l'emploi ou de la manière de servir, il en résulte qu'elles ne sont pas soumises au principe de parité avec la fonction publique d'État (cf. Rép. min. n° 32690, *JO Sénat* du 2 août 2001, p. 2541). Ainsi, les employeurs territoriaux peuvent décider, par délibération, de la nature et du montant des prestations qu'elles souhaitent accorder.

39 S'agissant du ministre de l'intérieur par exemple, cf. l'arrêté du 22 juin 2009 confiant à une fondation et à des associations la gestion de prestations d'action sociale pour les agents du ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales.



la participation des personnels placés sous son autorité à la définition et à la gestion de l'action sociale (CE, Sect., 29 décembre 1995, *Syndicat national des personnels de préfecture CGT et Force Ouvrière*, n° 143017, Rec.). Sous les mêmes réserves, le chef de service peut aussi fixer les règles relatives au versement des prestations facultatives d'action sociale (CE, 6 décembre 2002, *M.*

Philippe X..., n° 222816, T.). D'ailleurs, le Conseil d'État souligne, dans son avis *Fondation Jean-Moulin* que ces prestations « constituent un élément de la politique de gestion des ressources humaines » et qu'il s'ensuit « qu'en organisant la gestion de ces prestations, [l'administration] procède à une simple organisation du service » (CE, Avis, 23 octobre 2003, n° 369315).

Un outil de gestion des ressources humaines décliné sous forme de prestations individuelles et collectives

Certains exemples de prestations ont été mentionnés dans l'avis *Fondation Jean-Moulin*. S'il n'est pas possible d'en dresser une liste exhaustive, il peut être néanmoins utile de distinguer les prestations individuelles des prestations collectives dans le cadre d'une approche qui fait de l'action sociale un outil de gestion des ressources humaines.

Les premières ont pour finalité l'amélioration du pouvoir d'achat des agents publics. Il peut s'agir, par exemple, de bénéficier d'un chèque-vacances, d'allocations pour la garde d'enfant sous forme de chèque-emploi-service-universel ou d'aides au logement pour faciliter l'installation des personnels. Les secondes relèvent principalement de la réservation de places en crèche (en lien avec la Caisse nationale d'allocations familiales), de la réservation de

logements sociaux (qui font l'objet d'une négociation avec les bailleurs sociaux) et du domaine de la restauration collective.

Par ailleurs, il doit être rappelé que, à la différence des prestations légales, les prestations d'action sociale sont des prestations à caractère facultatif. Dès lors, elles ne peuvent être accordées que dans la limite des crédits prévus à cet effet. Leur paiement ne peut donner lieu à rappel. Enfin, les prestations d'action sociale sont soumises aux réglementations de droit commun applicables en matière d'assujettissement à cotisations sociales (contribution sociale généralisée et contribution à la réduction de la dette sociale) (cf. Rép. min. n° 32690, *JO Sénat* du 2 août 2001, p. 2541).



FICHE N° 79 :

L'indemnisation complémentaire au-delà du forfait de pension

CE, Ass., 4 juillet 2003, Mme Y-X..., n° 211106, Rec.



L'essentiel

Le fonctionnaire qui est victime d'un accident de travail ou atteint d'une maladie professionnelle et qui a droit à une allocation temporaire d'invalidité ou une rente viagère d'invalidité, peut demander l'indemnisation des chefs de préjudices autres que ceux réparés forfaitairement, voire peut rechercher l'indemnisation intégrale de son préjudice en cas de faute de l'administration.



Les mots du juge

« Considérant que ces dispositions [du code des pensions civiles et militaires de retraite] déterminent forfaitairement la réparation à laquelle un fonctionnaire victime d'un accident de service ou atteint d'une maladie professionnelle peut prétendre, au titre de l'atteinte qu'il a subie dans son intégrité physique, dans le cadre de l'obligation qui incombe aux collectivités publiques de garantir leurs agents contre les risques qu'ils peuvent courir dans l'exercice de leurs fonctions ; qu'elles ne font cependant obstacle ni à ce que le fonctionnaire qui a enduré, du fait de l'accident ou de la maladie, des souffrances physiques ou morales et des préjudices esthétiques ou d'agrément, obtienne de la collectivité qui l'emploie, même en l'absence de faute de celle-ci, une indemnité complémentaire réparant ces chefs de préjudice, distincts de l'atteinte à l'intégrité physique, ni à ce qu'une action de droit commun pouvant aboutir à la réparation intégrale de l'ensemble du dommage soit engagée contre la collectivité, dans le cas notamment où l'accident ou la maladie serait imputable à une faute de nature à engager la responsabilité de cette collectivité ou à l'état d'un ouvrage public dont l'entretien incombait à celle-ci »

(CE, Ass., 4 juillet 2003, Mme Y-X..., n° 211106, Rec.)



Commentaire

Le fonctionnaire qui est victime d'un accident de travail ou atteint d'une maladie professionnelle a droit à réparation des préjudices qu'il a subis. La collectivité publique est, en effet, tenue de garantir son agent contre les risques qu'il peut courir dans l'exercice de ses fonctions, même en l'absence de faute de sa part (CE, 21 juin 1895, *Sieur X...*, n° 82490, Rec.). Une première forme de réparation consiste dans le régime particulier du congé pour invalidité temporaire en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle (art. 21 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ; cf. la fiche n° 74 « Les congés de maladie »), qui permet de maintenir le plein traitement pendant une certaine durée et d'éviter une perte de revenus malgré

l'absence de service fait. Le régime de sécurité sociale prend en charge tout ou partie des soins reçus.

En outre, lorsque l'accident ou la maladie cause une invalidité permanente, le statut et le code des pensions civiles et militaires de retraite pour les fonctionnaires de l'État, comme les textes statutaires applicables aux fonctionnaires territoriaux et hospitaliers, ont prévu que leur est accordée une réparation forfaitaire des conséquences patrimoniales de l'atteinte à leur intégrité physique, sous la forme d'une allocation temporaire d'invalidité⁴⁰, en cas de maintien en activité, ou d'une rente viagère d'invalidité, dans le cas où le fonctionnaire

40 Pour la fonction publique d'État : art. 65 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 et le décret n° 60-1089 du 6 octobre 1960 ; pour la fonction publique territoriale : art. L. 417-8 et L. 417-9 du code des communes ; pour la fonction publique hospitalière : art. 80 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986. Pour les deux dernières fonctions publiques, cf. le décret n° 2005-442 du 2 mai 2005.



a été admis à la retraite⁴¹. Par exemple, l'article L. 28 du code des pensions civiles et militaires de retraite prévoit que le fonctionnaire d'État, radié des cadres au motif qu'il est affecté d'une incapacité permanente résultant d'une blessure ou d'une maladie contractée ou aggravée en service et l'empêchant de continuer à remplir ses fonctions, a droit à une rente viagère d'invalidité cumulable, sous certaines conditions, avec la pension rémunérant les services accomplis⁴². Ce supplément de

pension est accordé à titre de réparation du préjudice subi par l'agent.

Pendant longtemps, la jurisprudence a considéré que le forfait de pension excluait toute autre indemnité. Avec l'affaire Y-X..., l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a admis qu'une indemnisation complémentaire puisse être accordée au-delà du forfait de pension (CE, Ass., 4 juillet 2003, n° 211106, Rec.).

Le fonctionnaire peut réclamer une indemnité complémentaire réparant certains chefs de préjudices autres que ceux réparés par le forfait de pension, même en l'absence de faute de la personne publique

Il était déjà admis qu'un fonctionnaire (ou un militaire) qui a été victime d'un accident de service et qui subit des préjudices à l'occasion des soins qui lui sont dispensés dans un hôpital à raison de cet accident, puisse en demander réparation à l'hôpital s'il estime qu'il y a eu faute, en plus de l'indemnisation forfaitaire à laquelle il a droit au titre de l'accident (CE, Sect., 15 décembre 2000, *Mme Marie-Thérèse X...*, n° 193335, Rec. et *M. A...B...*, n° 214065, Rec.).

Avec la jurisprudence Y-X..., le fonctionnaire ayant subi un accident de service ou souffrant d'une maladie professionnelle peut demander l'indemnisation des préjudices autres que ceux résultant de l'atteinte à son intégrité physique, sans qu'y fasse obstacle la rente d'invalidité (CE, Ass., 4 juillet 2003, n° 211106, Rec.) ou l'allocation temporaire d'invalidité (CE, 25 juin 2008, *Mme Edith A...*, n° 286910, T.) à laquelle il a droit (s'agissant de la pension militaire d'invalidité : CE, 1^{er} juillet 2005, *Mme Claudine A...*, n° 258208, T.).

La jurisprudence ultérieure a précisé que l'allocation temporaire d'invalidité et la rente viagère d'invalidité avaient pour seul objet de réparer les pertes de revenus et l'incidence professionnelle résultant de l'incapacité physique causée par un accident de service ou une maladie professionnelle (CE, 16 décembre 2013, *Centre hospitalier de Royan*, n° 353798, T. ; s'agissant de la pension militaire

d'invalidité : CE, 7 octobre 2013, *Ministre de la défense c/ M. A...B...*, n° 337851, Rec.).

Il en résulte que le fonctionnaire peut, en plus du forfait de pension, demander réparation des préjudices patrimoniaux autres que ceux résultant des pertes de revenus et de l'incidence professionnelle (tels que les dépenses de santé et les frais divers liés à l'invalidité) et des préjudices non patrimoniaux (tels que les souffrances physiques ou morales et les préjudices esthétiques, sexuels ou d'agrément).

De la même manière, si le fonctionnaire victime d'un accident de service ou atteint d'une maladie professionnelle ne remplit pas les conditions subordonnant l'octroi de l'allocation temporaire d'invalidité ou d'une rente viagère d'invalidité, il ne peut donc obtenir réparation des pertes de revenus ou de l'incidence professionnelle du dommage mais il peut, en revanche, prétendre à obtenir réparation des préjudices d'une autre nature dès lors qu'ils sont directement liés à l'accident ou à la maladie (CE, 14 novembre 2014, *Mme B...A...*, n° 357999, T.).

Le régime de responsabilité sur le fondement duquel le fonctionnaire pourra réclamer à l'administration réparation de ces chefs de préjudice est un régime de responsabilité sans faute à prouver.

En cas de faute de la personne publique, le fonctionnaire peut rechercher la réparation intégrale de ses préjudices, indépendamment du forfait de pension

Dans le cas où l'accident ou la maladie résulterait d'une faute (laquelle est présumée s'agissant du défaut d'entretien normal d'un ouvrage public), le fonctionnaire peut se placer sur le terrain quasi-délictuel pour engager la responsabilité de l'administration en vue d'obtenir une réparation intégrale des préjudices. Cela permet à la victime d'obtenir un complément d'indemnisation pour les préjudices indemnisés par l'allocation temporaire d'invalidité ou le forfait de pension, si le montant de l'allocation ou du forfait s'avère inférieur à la réalité de ces préjudices.

La décision Y-X... a jugé que le forfait de pension qui lui est reconnu par les textes ne fait pas obstacle à cette action et à une telle indemnisation (CE, Ass., 4 juillet 2003, n° 211106, Rec.).

Pour évaluer cette indemnisation, complémentaire, ce sont les règles du droit commun qui s'appliquent. Dans cette perspective, le caractère forfaitaire de la pension d'invalidité ne rend pas inutile une mesure d'expertise contradictoire sollicitée par un fonctionnaire aux fins d'évaluer le préjudice corporel qu'il a subi à la suite d'un accident de service (CE, 9 février 2004, *Ministre de l'équipement c/ M. B...*, n° 252865, T.).

41 Pour la fonction publique d'État : art. L. 27 et s. du code des pensions civiles et militaires de retraite ; pour les deux autres fonctions publiques : art. 36 à 38 du décret n° 2003-1306 du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales.

42 Le bénéfice de cette rente n'est pas exclu au fonctionnaire atteint d'infirmités résultant des séquelles d'un accident de service qui sont apparues tardivement et qui ont été reconnues comme imputables au service postérieurement à la date de radiation des cadres (CE, 23 novembre 2018, n° 421016, T.).



FICHE N° 80 :

L'interdiction de cumul des droits à pension des fonctionnaires détachés

CE, 29 juin 2001, M. Jean X..., n° 181743, T.



L'essentiel

L'interdiction du cumul des droits à pension fait obstacle à ce que le fonctionnaire détaché acquiert, à ce titre, des droits quelconques à pension. Elle ne s'applique désormais plus au cumul avec une pension née d'une activité accessoire.



Les mots du juge

« Considérant, en deuxième lieu, que l'interdiction de cumul des droits à pension applicable à tous les fonctionnaires de l'État faisant, par elle-même, obstacle à ce que les intéressés soient autorisés à s'affilier à tout régime de retraite dont relèvent directement les fonctions qu'ils peuvent être amenés à exercer, soit par la voie du détachement, soit en sus de leur activité dans les cadres, la circonstance invoquée par le requérant que les régimes auxquels il a cotisé à raison des diverses fonctions ci-dessus décrites qu'il a exercées, aient été facultatifs et n'aient porté que sur la partie de sa rémunération excédant le traitement de la fonction publique pris en compte pour la constitution de ses droits à pension de l'État, est sans influence sur la portée de l'interdiction de s'y affilier »
(CE, 29 juin 2001, M. Jean X... n° 181743, T.)



Commentaire

Le ministre de l'économie et des finances avait suspendu le paiement d'arrérages de la pension civile de retraite d'un ingénieur général des ponts et chaussées qui percevait, outre sa pension de retraite de l'État, d'autres pensions versées au titre de fonctions qu'il avait exercées en détachement, notamment auprès de l'établissement public d'aménagement de la Défense, ou de fonctions qu'il avait exercées

à titre accessoire, notamment auprès de la société des autoroutes du Sud de la France et de l'association des sociétés françaises d'autoroutes.

Saisi du litige né de cette décision, le Conseil d'Etat a consacré un principe d'interdiction de cumul des pensions, qui se déduisait des textes applicables.

Le fonctionnaire détaché ne peut acquérir, à ce titre, des droits à pension, sous peine de la suspension de la pension versée au titre de son corps d'origine

En vertu des lois statutaires, le fonctionnaire détaché est placé hors de son corps d'origine mais continue à bénéficier, dans ce corps, de ses droits à l'avancement et à la retraite (cf. la fiche n° 45 « Le détachement »)⁴³. Il en résulte que le fonctionnaire détaché ne peut être affilié au régime de retraite dont relève la fonction de détachement, ni acquérir, à ce titre, des droits quelconques à pension ou allocations⁴⁴. Ces droits à pension correspondraient

autrement à une période de service également prise en compte dans la pension de de la personne publique dont relève le corps d'origine.

Il n'y a aucune différence à faire selon que le détachement s'effectue sur un emploi conduisant à pension ou sur un emploi ne conduisant pas à pension puisque l'organisme d'accueil (qu'il soit de nature publique ou privée) verse au

43 Pour la fonction publique d'État : art. 45 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 64 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 51 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

44 Pour la fonction publique d'État : art. 46 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 65 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 53 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.



Trésor une contribution pour la constitution des droits à pension du fonctionnaire détaché.

La méconnaissance de cette règle entraîne la suspension de la pension de retraite à concurrence de la pension versée au titre du détachement (CE, 11 février 1994, *M. Jean-Philippe X...*, n° 135627, T.). Cette solution est confirmée avec la décision du 29 juin 2001 qui affirme une interdiction de cumul des pensions (CE, 29 juin 2001, *M. Jean X...*, n° 181743, T.).

Il n'est fait exception à cette règle, en vertu de dispositions particulières, que dans le cas où le détachement a été prononcé dans une administration ou un organisme implanté sur le territoire d'un État étranger ou auprès d'organismes internationaux ou pour exercer une fonction publique élective⁴⁵.

Le fonctionnaire détaché dans une administration ou un organisme implanté sur le territoire d'un État étranger

ou auprès d'un organisme international n'est pas, sauf accord international contraire, obligatoirement affilié pendant la période de détachement au régime de retraite français dont il relève. Il peut néanmoins demander à cotiser à ce régime, même s'il est affilié au régime de retraite dont relève la fonction de détachement. Il peut également demander à ce que ces cotisations lui soient remboursées dès lors qu'il remplit les conditions pour bénéficier d'une pension au titre du régime dont relève la fonction de détachement. Dans le cas inverse, si les cotisations ainsi versées durant sa période de détachement ne lui ont pas été remboursées, le montant de la pension civile ou militaire ajouté au montant de la pension éventuellement servie au titre des services accomplis en détachement, ne peut être supérieur à la pension qu'il aurait acquise en l'absence de détachement. Le cas échéant, la pension civile ou militaire est alors réduite à concurrence du montant de la pension acquise lors de ce détachement⁴⁶.

Le fonctionnaire peut désormais cumuler sa pension de retraite avec une pension constituée par l'exercice d'activités accessoires

Dans sa décision *Millier* (CE, 29 juin 2001, n° 181743, T.), le Conseil d'État avait déduit des textes en vigueur qu'un fonctionnaire en activité dans les cadres ne pouvait être affilié aux régimes de retraites dont relèvent les fonctions qu'il exerce, le cas échéant, à titre accessoire. Le premier alinéa de l'article L. 87 du code des pensions civiles et militaires de retraite alors applicable prévoyait, en effet, qu'en aucun cas le temps décompté dans la liquidation d'une pension acquise au titre de ce code ne peut intervenir dans la liquidation d'une autre pension rémunérant des services accomplis à l'État. Ce qui signifiait que, au titre, d'une période donnée, un fonctionnaire ne pouvait acquérir des droits à pension de retraite qu'auprès d'un seul organisme.

L'article 65 de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites a abrogé le premier alinéa de l'article L. 87 du code des pensions civiles et militaires, qui constituait le fondement de l'interdiction du cumul d'une pension de l'État et d'une autre pension rémunérant des périodes concomitantes d'activité dans le secteur public. La suppression de cette interdiction de cumul est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004. En revanche, demeure l'interdiction de cotiser à un autre régime de pensions que celui de l'État pendant une période de détachement, sous les réserves mentionnées ci-dessus.

45 Pour la fonction publique d'État : art. 46 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 65 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 53 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

46 Cf. art. L. 87 du code des pensions civiles et militaires de retraite et l'art. 58 du décret n° 2003-1306 du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales.



FICHE N° 81 :

L'égalité entre les femmes et les hommes dans les droits à pension

CJCE, 29 novembre 2001, M. X...c/ Ministre de l'économie, aff. C-366/99



L'essentiel

Le principe d'égalité entre les femmes et les hommes s'oppose à ce que des dispositifs particuliers, tels que des bonifications d'ancienneté ou la possibilité de jouir immédiatement de sa pension de retraite, bénéficient à l'une de ces deux catégories de travailleurs, sans que cette différence de traitement ne soit justifiée.



Les mots du juge

« 56. Il convient de constater que les situations d'un fonctionnaire masculin et d'un fonctionnaire féminin peuvent être comparables en ce qui concerne l'éducation des enfants. En particulier, la circonstance que les fonctionnaires féminins sont plus touchés par les désavantages professionnels résultant de l'éducation des enfants parce que ce sont en général les femmes qui assument cette éducation n'est pas de nature à exclure la comparabilité de leur situation avec celle d'un fonctionnaire masculin qui a assumé l'éducation de ses enfants et a été, de ce fait, exposé aux mêmes désavantages de carrière.

57. Or, l'article L. 12, sous b), du code ne permet pas à un fonctionnaire masculin qui se trouve dans une telle situation de prétendre à la bonification en cause au principal, même s'il est en mesure de prouver qu'il a effectivement assumé l'éducation de ses enfants.

58. Dès lors, indépendamment de la question de savoir si une telle preuve devrait être également exigée des fonctionnaires féminins ayant des enfants, il y a lieu de constater que l'article L. 12, sous b), du code introduit une différence de traitement en raison du sexe à l'égard des fonctionnaires masculins qui ont effectivement assumé l'éducation de leurs enfants »

(CJCE, 29 novembre 2001, M. X... c/ Ministre de l'économie, aff. C-366/99)



Commentaire

Le principe d'égalité entre travailleurs masculins et travailleurs féminins (art. 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) s'applique aux retraites des fonctionnaires dès lors que les pensions de retraite sont versées à raison d'une relation de travail.

Ce principe s'oppose à ce que des avantages soient accordés à l'une de ces deux catégories de travailleurs, sans être justifiés par un but légitime. Le droit de l'Union européenne prohibe tant les discriminations directes, nées d'un critère de distinction fondé sur le sexe des travailleurs, que les discriminations indirectes, résultant de différences de traitement fondées sur des critères autres que le sexe mais qui aboutissent en pratique à

traiter différemment les hommes et les femmes et qui ne sont pas objectivement justifiés.

Plusieurs dispositifs du droit des pensions des fonctionnaires (résultant du code des pensions civiles et militaires de retraite pour les fonctionnaires de l'État et des textes applicables aux fonctionnaires territoriaux ou hospitaliers), initialement institués en faveur des femmes pour compenser les contraintes subies dans leur carrière à raison de charges de famille, ont été rectifiés sous l'influence du principe d'égalité tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne. C'est le cas en particulier du droit à bonification d'ancienneté et du droit à jouissance immédiate de la pension.



Le droit à bonification d'ancienneté reconnu aux seules femmes pour chacun de leurs enfants a été jugé contraire au principe d'égalité

Les femmes pouvaient bénéficier, en vertu de l'article L. 12 b du code des pensions civiles et militaires de retraite pour les fonctionnaires d'État, d'une bonification d'ancienneté d'un an par enfant, s'ajoutant aux services effectifs.

Par l'arrêt X..., la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que l'exclusion du bénéfice de cette bonification des fonctionnaires masculins à même de prouver qu'ils ont assumé l'éducation de leur enfant méconnaissait le principe d'égalité (CJCE, 29 novembre 2001, aff. C-366/99). Tirant les conséquences de cet arrêt, le Conseil d'État a jugé que les fonctionnaires masculins pouvaient également bénéficier de cette bonification (CE, 29 juillet 2002, M. X..., n° 141112, Rec.).

La loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites a modifié le régime de la bonification d'ancienneté. Pour les enfants nés avant le 1^{er} janvier 2004 (article L. 12 du code des pensions civiles et militaires de retraite), il a accordé la bonification tant aux hommes qu'aux femmes à condition qu'ils justifient avoir interrompu leur activité pour une durée continue au moins égale à deux mois. Le Conseil d'État a jugé que le principe d'égalité n'était pas méconnu (CE, 29 décembre 2004, M. Michel X..., n° 265097, Rec.).

Néanmoins, à nouveau saisi de ce dispositif, la Cour de justice de l'Union européenne y a vu une différence

Le droit à jouissance immédiate d'une pension accordé aux seules femmes a également été jugé contraire au principe d'égalité

En cas de départ anticipé à la retraite, les femmes pouvaient bénéficier, en vertu de l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite (pour les fonctionnaires d'État), d'une jouissance immédiate de leur pension civile lorsqu'elles étaient mères de trois enfants ou atteintes d'une infirmité ou d'une maladie incurable les plaçant dans l'impossibilité d'exercer leurs anciennes fonctions ou que leur conjoint était atteint d'une infirmité ou d'une maladie incurable les plaçant dans l'impossibilité d'exercer une profession quelconque.

La Cour de justice des Communautés européennes a jugé que l'exclusion des hommes du bénéfice de ce droit lorsque leur conjoint est atteint d'une infirmité ou d'une maladie incurable était contraire au principe d'égalité (CJCE, 13 décembre 2001, M. X... c/ Recteur de l'académie de Reims, aff. C-206-00), tandis que, dans la continuité de la jurisprudence *Griesmar*, le Conseil d'État jugeait que le bénéfice de ce droit pour les seules mères de trois enfants méconnaissait également le principe d'égalité (29 janvier 2003, M. Jean-Paul X..., n° 245601, T. et 26 février 2003, M. Philippe X..., n° 187401, Rec.).

La loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004 a, en conséquence, modifié l'article 24. Il a étendu aux hommes le droit à jouissance

indirecte de traitement, dans la mesure où la condition d'interruption d'activité professionnelle de deux mois est, du fait du congé de maternité, de nature à être remplie par un pourcentage considérablement plus faible de fonctionnaires masculins que de fonctionnaires féminins (CJUE, 17 juillet 2014, M. et Mme X... c/ Garde des Sceaux, ministre de la Justice et Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales, aff. C-173/13). Elle a laissé au Conseil d'État le soin de juger si cette différence était justifiée ou non. Celui-ci a jugé que cette discrimination indirecte était cependant justifiée par un objectif légitime de politique sociale : les données disponibles montrant qu'une femme ayant eu un ou plusieurs enfants connaît, de fait, une moindre progression de carrière que ses collègues masculins et perçoit en conséquence une pension plus faible en fin de carrière, le législateur a pu maintenir à titre provisoire des dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître (CE, Ass., 27 mars 2015, M. B...A..., n° 372426, Rec.).

Pour les enfants nés après le 1^{er} janvier 2004 (article L. 12 bis du code des pensions civiles et militaires de retraite), une majoration de durée d'assurance de deux trimestres a été accordée aux femmes qui ont accouché après leur recrutement. Cette différence de traitement trouve son fondement dans des considérations d'ordre biologique et non plus dans la charge d'éducation des enfants : il s'agit de compenser une interruption d'activité liée à l'accouchement lui-même.

immédiate en cas d'infirmité ou de maladie incurable du fonctionnaire ou de son conjoint et il a permis le départ anticipé à la retraite avec jouissance immédiate de la pension au père comme à la mère de trois enfants à condition qu'il ait, pour chaque enfant, interrompu son activité professionnelle pendant une durée continue au moins égale à deux mois. Le Conseil d'État a jugé que le principe d'égalité était ainsi respecté (CE, 6 juillet 2007, *Fédération générale des fonctionnaires Force Ouvrière et M. Michel AA...*, n° 281147, T.).

Dans l'affaire *Léone* (préc.), la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que cette condition était néanmoins, comme pour la bonification d'ancienneté, constitutive d'une différence de traitement indirecte. Le Conseil d'État a, cependant, jugé qu'elle était justifiée par le même objectif légitime de politique sociale (affaire *Quintanel*, préc.).

Entre-temps, la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 de réforme des retraites a prévu que la jouissance anticipée de la pension ne s'appliquerait qu'au fonctionnaire civil parent d'un enfant atteint d'une invalidité égale ou supérieure à 80 %, à condition qu'il ait, pour cet enfant, interrompu ou réduit son activité et qu'il ait accompli quinze années de services effectifs.



FICHE N° 82 :

La nature de la pension et la réclamation des héritiers

CE, 23 décembre 2010, Mme Jeannine A..., n° 336119, T.



L'essentiel

En raison du caractère personnel de la pension de retraite, les héritiers ne peuvent réclamer le bénéfice de la pension de retraite du bénéficiaire décédé. En revanche, ils peuvent, sous certaines conditions, demander le versement des arrérages de pension du défunt.



Les mots du juge

« Considérant qu'aux termes de l'article L. 1 du code des pensions civiles et militaires de retraite : "La pension est une allocation pécuniaire, personnelle et viagère accordée aux fonctionnaires. (...)"; qu'il résulte de ces dispositions qu'en raison du caractère personnel d'une pension de retraite, celle-ci n'est due qu'au titulaire du droit à pension qui en fait la demande ; que ce droit ne constitue ainsi pas une créance qui pourrait être regardée comme un bien transmis aux héritiers lors du décès de ce bénéficiaire, hors le cas où ce dernier s'est prévalu de ce droit avant son décès, sans qu'un refus définitif ne lui ait été opposé ; que, par suite, si le décès du titulaire du droit à pension a normalement pour effet l'extinction définitive de ce droit qui était ouvert à son bénéfice exclusif, ses héritiers ne pouvant se prévaloir de ce droit, sauf pour obtenir le cas échéant une pension de réversion, il en va autrement dans l'hypothèse où le titulaire du droit a réclamé de son vivant, en saisissant l'administration ou en engageant une action contentieuse, la concession de sa pension, et qu'il n'a pas été statué définitivement sur sa demande ; que dans cette hypothèse, ses héritiers justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour agir en vue de la reconnaissance de cet avantage »
(CE, 23 décembre 2010, Mme Jeanine A..., n° 336119, T.).



Commentaire

En vertu de l'article L. 1 du code des pensions civiles et militaires de retraite, la pension est une allocation pécuniaire personnelle et viagère. Elle n'est due qu'au titulaire du droit à pension qui en fait la demande et elle a vocation à s'éteindre avec le décès du bénéficiaire.

Dans ces conditions, la transmission du droit à pension aux héritiers est exclue. En revanche, la loi a prévu des mécanismes de réversion à certains ayants cause.

Les héritiers ne peuvent réclamer le bénéfice de la pension de retraite du bénéficiaire décédé

Le droit à pension étant un droit viager, il s'éteint avec le décès du bénéficiaire. Il n'entre pas dans la transmission du patrimoine du défunt. Les héritiers ne peuvent prétendre personnellement au bénéfice de tout ou partie de ce droit pour la période postérieure au décès (CE, 25 novembre 1998, Mme veuve X..., n° 190663, Inédit).

Cette règle de principe connaît quelques aménagements qui n'en remettent pas en cause la portée.

Tout d'abord, les héritiers du bénéficiaire décédé peuvent reprendre à leur compte l'instance contentieuse qu'il avait

engagé au titre de sa pension pour les versements dus jusqu'à la date du décès (CE, 8 mars 2010, Mme Paulette A..., n° 325460, Inédit).

Ensuite, les héritiers peuvent engager une action pour récupérer les arrérages qui resteraient dus à la date du décès à raison d'un droit reconnu au défunt de son vivant. Cette action vise à faire exécuter une obligation présente dans le patrimoine transmis. En ce sens, l'article L. 91 du code des pensions civiles et militaires de retraite prévoit que les arrérages restant dus au décès des titulaires de pensions servies par l'État sont valablement payés entre



les mains de l'époux survivant non séparé de corps, à moins d'opposition de la part des héritiers, légataires ou créanciers.

Enfin, la jurisprudence a admis que, dans le cas où, de son vivant, le bénéficiaire s'est prévalu de son droit à pension devant l'administration ou un juge, sans qu'un refus

définitif lui ait été opposé, ses héritiers peuvent réclamer le bénéfice des arrérages de pension dus jusqu'à la date de son décès et agir en justice pour faire reconnaître ces droits (CE, 23 décembre 2010, *Mme Jeanine A...*, n° 336119, T.). L'action des héritiers a ainsi été étendue dans le cas de droits à pension réclamés mais non encore reconnus du vivant de la personne décédée.

La loi a prévu des mécanismes de réversion au bénéfice des ayants cause

La pension de retraite, bien que personnelle et viagère, peut être accordée aux ayants cause du fonctionnaire décédé (article L. 1 du code des pensions civiles et militaires de retraite), que sont le(s) conjoint(s) survivant(s) et les orphelins (4° de l'article L. 2 du même code).

La pension reconnue aux ayants cause constitue un droit propre du conjoint survivant ou des orphelins. Ce n'est pas un droit du défunt transmis lors du décès mais un droit né avec le décès.

Le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur a pu, sans méconnaître le principe d'égalité, réserver la

pension de réversion aux seuls conjoints survivants, à l'exclusion des partenaires liés par un pacte civil de solidarité ou les concubins. Il a estimé que la loi a défini trois régimes de vie de couple qui soumettent les personnes à des droits et obligations différents, le régime du mariage ayant pour objet non seulement d'organiser les obligations personnelles, matérielles et patrimoniales des époux pendant la durée de leur union, mais également d'assurer la protection de la famille et une protection en cas de dissolution du mariage (CC, 29 juillet 2011, n° 2011-155 QPC).



FICHE N° 83 :

La qualité d'agent contractuel de droit public

TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres c/ Conseil de prud'hommes de Lyon* (dit « Berkani »), n° 3000, Rec.

CE, 26 mars 2003, *Syndicat national CGT de l'Institut national de la statistique et des études économiques*, n° 230011, Rec.



L'essentiel

Alors que le personnel d'un service public industriel et commercial est constitué en principe d'agents de droit privé, les agents d'un service public administratif sont des agents de droit public dès lors qu'ils sont employés par une personne morale de droit public. On distingue parmi eux les fonctionnaires, placés dans une situation légale et réglementaire, des agents non titulaires, appelés aussi agents contractuels, dont la relation de travail est régie par un contrat. Il faut également mentionner le cas particulier des vacataires, engagés pour une tâche précise, ponctuelle et limitée à l'exécution d'actes déterminés.



Les mots du juge

« Considérant que les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi »

(TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres c/ Conseil de prud'hommes de Lyon* (dit « Berkani »), n° 3000, Rec.)

« Considérant que tant les agents recrutés par l'Institut national de la statistique et des études économiques au moyen d'un contrat à durée indéterminée qui assurent, par définition, des missions ayant un caractère permanent que les agents recrutés au moyen d'un contrat à durée déterminée d'une durée d'au moins un an ne peuvent être regardés comme engagés pour exécuter un acte déterminé ; que, dès lors, ils sont soumis aux dispositions du décret du 17 janvier 1986 ;

Considérant en revanche que les autres enquêteurs de l'Institut national de la statistique et des études économiques recrutés pour une durée inférieure à un an le sont sur la base de contrats définissant des tâches ponctuelles dans le but de recueillir les données nécessaires à l'établissement d'une ou plusieurs enquêtes déterminées, la liste de ces enquêtes étant fixée chaque année par arrêté ministériel en fonction des besoins de l'administration ; qu'aux termes de ces contrats à durée déterminée, leur mission, qui présente, d'ailleurs, le caractère d'une activité professionnelle accessoire, est strictement limitée à l'exécution d'une ou plusieurs enquêtes données ; que les enquêteurs recrutés dans ces conditions doivent être regardés comme engagés pour l'exécution d'un acte déterminé au sens des dispositions de l'article 1^{er} du décret du 17 janvier 1986 précité ; que, par suite, les dispositions de ce décret ne leur sont pas applicables »

(CE, 26 mars 2003, *Syndicat national CGT de l'Institut national de la statistique et des études économiques*, n° 230011, Rec.)



Commentaire

Les agents des services publics industriels et commerciaux sont en principe des agents de droit privé

Par sa décision dite du « bac d'Eloka » (TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec.), le Tribunal des conflits a posé une distinction fondamentale entre

deux catégories de services publics : d'une part les services publics administratifs, soumis pour l'essentiel à un régime de droit public, d'autre part les services publics industriels



et commerciaux, soumis pour l'essentiel à un régime de droit privé. La frontière entre les deux catégories est déterminée à partir d'un faisceau d'indices qui tient compte de l'objet du service, des modalités de son organisation et de son fonctionnement, ainsi que de l'origine de ses ressources (CE, Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, Rec.).

La distinction est capitale en ce qui concerne les personnels de ces services publics. En effet, à l'exception du directeur et – s'il a la qualité de comptable public – du comptable, le personnel affecté à la fourniture d'un service public industriel et commercial assuré par une personne publique est constitué d'agents de droit privé (CE, 26 janvier 1923, *Sieur de Robert X...*, n° 62529, Rec. ; CE, Sect., 8 mars 1957, *Sieur X...*, Rec.). Il est donc soumis au droit du travail, tout comme le personnel d'une entreprise privée, et

non pas aux règles spécifiques aux agents publics. Ceci est tout particulièrement vrai dans les établissements publics industriels et commerciaux, créés spécialement pour assurer un tel service et qui ne sont pas soumis à l'obligation d'employer des fonctionnaires pour tous les emplois permanents (art. 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983), mais également pour les services publics industriels et commerciaux assurés par d'autres personnes publiques : les agents contractuels recrutés pour assurer ce service sont soumis au droit du travail. En revanche, les fonctionnaires qui collaborent à de tels services demeurent soumis à leur statut et sont des agents publics.

Si ce service industriel et commercial est assuré par une personne privée, ses règles de fonctionnement sont celles du droit privé et le personnel est régi par le code du travail.

Au sein des services publics administratifs : des agents le plus souvent de droit public

Les agents des services publics administratifs peuvent être, selon les cas, de droit public ou de droit privé. Sauf lorsque celui-ci est directement déterminé par la loi, ce sont des critères jurisprudentiels qui ont permis de définir le régime auquel ces agents sont soumis.

Le premier critère est organique : pour que la relation entre un agent et la personne qui l'emploie soit régie par le droit public, il faut que l'employeur soit une personne publique. En effet, les agents des personnes privées, même chargées d'un service public administratif, restent des agents de droit privé (CE, 4 avril 1962, *Sieur X...* Rec. ; TC, 4 mai 1987, *M. X...*, n° 2246, Rec.). Ce critère est toujours valable.

Le second critère était matériel. Historiquement, la jurisprudence ne reconnaissait un caractère administratif aux contrats des agents d'un service public administratif

qu'à partir du moment où ceux-ci les faisaient « *participer directement à l'exécution du service* » (CE, Sect., 4 juin 1954, *Sieurs X... et Y...*, Rec. ; TC, 25 novembre 1963, *Dame veuve X...c/ Commune de Jonquières*, Rec.). Il en résultait une grande complexité et des disparités entre agents d'un même service et même, pour un même agent, selon les emplois successifs qu'il occupait. Le Tribunal des conflits a donc, par sa décision dite *Berkani*, abandonné cette jurisprudence traditionnelle et posé en principe que « *les personnels non statutaires des personnes morales de droit public travaillant pour le compte d'un service public administratif sont des agents de droit public quel que soit leur emploi* » (TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres c/ Conseil de prud'hommes de Lyon*, n° 3000, Rec.). Il a, ce faisant et pour simplifier les règles applicables, supprimé le critère matériel.

Distinction entre fonctionnaires et agents non titulaires

L'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 pose en principe que les emplois civils permanents de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont occupés par des fonctionnaires. Ceux-ci, régis par un statut, sont dans une situation légale et réglementaire (cf. les fiches n° 1 « La situation statutaire du fonctionnaire » et n° 3 « Les règles statutaires »). Toutefois, plusieurs dispositions législatives permettent aux personnes publiques, dans un certain nombre d'hypothèses déterminées, de recruter

des agents non titulaires¹. La notion d'agents non titulaire renvoie essentiellement à celle d'agents contractuels. La plupart relèvent de textes transversaux, propres à chacune des trois fonctions publiques². D'autres sont soumis à des régimes juridiques spécifiques, tels les ouvriers d'État, dont le régime est le plus souvent défini par le cadre réglementaire du ministère qui les emploie, hormis quelques textes transversaux³ ; les militaires recrutés par contrat⁴ ; les agents en service à l'étranger⁵ ou encore les maîtres des établissements d'enseignement privé sous contrat⁶.

1 Pour la fonction publique d'État : art. 3 à 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 3 à 3-7, 47, 110 et 110-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 3 et 8 à 10 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

2 Pour les agents contractuels publics de l'État : décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour les agents contractuels publics des collectivités territoriales : décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour les agents publics des établissements hospitaliers : décret n° 91-155 du 6 février 1991.

3 Cf. par ex. le décret n° 72-154 du 24 février 1972 relatif aux congés en cas de maladie, de maternité et d'accidents du travail dont peuvent bénéficier certains personnels ouvriers de l'État mensualisés ; le décret n° 2004-1057 du 5 octobre 2004 relatif à la limite d'âge du personnel relevant du régime de pensions des ouvriers des établissements industriels de l'État ou le décret n° 2004-1056 du 5 octobre 2004 relatif au régime des pensions des ouvriers des établissements industriels de l'État.

4 Cf. les articles L. 4132-5 et s. du code de la défense.

5 À moins que ces agents ne soient recrutés par un contrat soumis au droit local (TC, 22 octobre 2001, *Mmes X... et Y... c/ Lycée Jean Mermoz à Dakar et l'Agence pour l'enseignement du français à l'étranger*, n° 01-03236, Bull.), leur situation est déterminée par le décret n° 69-697 du 18 juin 1969 portant fixation du statut des agents contractuels de l'État et des établissements publics de l'État à caractère administratif, de nationalité française, en service à l'étranger.

6 Cf. la loi n° 2005-5 du 5 janvier 2005 relative à la situation des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat.



La relation de ces agents avec leur employeur public est régie par des actes contractuels plus ou moins encadrés, selon les cas, par des textes spécifiques, complétés par les principes généraux du droit dégagés par le juge administratif (cf. la fiche n° 86 « Les principes généraux du droit applicables aux agents contractuels »).

Mais si ces agents sont effectivement recrutés par un contrat qui détermine, pour l'essentiel, la durée, la rémunération et la nature des fonctions exercées, ils n'en sont pas moins placés vis-à-vis de leur administration dans une situation légale et réglementaire (CE, 19 novembre 2018, n° 413492, T.). Le Conseil d'État a admis, de longue date, que l'administration puisse fixer et modifier librement les dispositions réglementaires qui régissent les agents des services publics, sans distinguer selon qu'ils soient titulaires ou contractuels (CE, Sect., 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires*, Rec. ; CE, 11 mai 1977, *Syndicat national du personnel navigant de l'aéronautique*, n° 98974, Rec.). Ainsi, les modifications apportées aux règles qui régissent l'emploi des agents contractuels sont, en principe, et sauf dispositions contraires, applicables aux contrats en cours (CE, 19 novembre 2018, n° 413492, T.). Il a toutefois été jugé que des contrats à durée indéterminée conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 26 janvier 1984 ne

pouvaient être requalifiés en contrat à durée déterminée du fait de l'intervention de cette loi, en l'absence de dispositions transitoires expresses ou de motif d'intérêt général suffisant lié à un impératif d'ordre public justifiant qu'il soit porté atteinte à la liberté contractuelle (contrats en cours ne peuvent être proprement modifiés du fait de l'intervention d'une loi que si des motifs d'intérêt général suffisants liés à un impératif d'ordre public le justifient (CE, 30 janvier 2012, *M. Gilbert A...*, n° 342355, T.).

Certains agents contractuels sont soumis à des textes réglementaires qui règlent le déroulement de leur carrière d'une manière analogue aux statuts particuliers des fonctionnaires (notamment en prévoyant l'évolution de la rémunération en fonction de l'ancienneté acquise dans les fonctions), si bien que l'on peut parler à leur propos de quasi-statuts⁷.

Un contrat de recrutement n'est pas nécessairement écrit. Il peut être verbal (CE, 15 juillet 2004, *Mme Shelley X...*, n° 238543, Rec.), voire même tacite lorsque les tâches confiées à l'intéressé et les conditions dans lesquelles il est tenu de les exécuter (lien de subordination) caractérisent l'existence d'un contrat travail (CE, 17 février 2010, *Mme Martine A...*, n° 308852, T.).

Le cas particulier des agents vacataires

Il convient de distinguer les agents publics contractuels des agents vacataires, qui ne sont recrutés que pour accomplir une tâche ponctuelle. Le terme de « vacataire » lui-même, quoiqu'utilisé de manière usuelle, n'a pas une définition parfaitement claire et univoque, aucun texte ne précisant ses contours. *Stricto sensu*, un vacataire est une personne à laquelle l'administration fait appel pour exécuter une tâche précise et limitée dans le temps, généralement parce que cette tâche est ponctuelle et ne nécessite pas d'engager durablement un agent, même par un contrat à durée déterminée. La plupart des textes régissant les agents contractuels ne s'appliquent pas aux vacataires dont le régime n'est pas encadré, sauf dans certains secteurs (cf. par ex., pour les enseignants vacataires de l'enseignement supérieur, le décret n° 87-889 du 29 octobre 1987). En particulier, les deux décrets transversaux régissant les agents contractuels de l'État⁸, d'une part, et des collectivités territoriales⁹, d'autre part, précisent chacun, en leur article premier, qu'ils ne s'appliquent pas « aux personnes engagées pour une tâche précise, ponctuelle et limitée à l'exécution d'actes déterminés ».

La possibilité d'employer des vacataires est une souplesse propre au droit public. Le vacataire est dans une situation intermédiaire entre l'agent contractuel et le prestataire de service.

Il faut noter que le terme de « vacataire » est souvent employé à tort, pour désigner de véritables agents contractuels engagés, par exemple, pour procéder à un remplacement temporaire d'un agent absent. On constate aussi, parfois, un abus dans le recrutement de « vacataires », rémunérés sur la base de « vacations », c'est-à-dire généralement à l'heure, à la demi-journée ou à la journée, mais qui travaillent soit de manière continue sur des emplois à temps incomplet soit de manière permanente mais discontinue, à l'occasion de certaines périodes. Le juge administratif ne s'arrête pas à ces dénominations et s'attache à la réalité des fonctions exercées. Ainsi, il a plusieurs fois refusé de considérer comme étant des vacataires des personnes que leurs contrats, ou même des textes réglementaires, qualifiaient comme tels (CE, 4 juillet 1986, *M. Jorge X...* n° 38956, Inédit ; CE, 23 novembre 1988, *Mme X... c/ Ville d'Issy-les-Moulineaux*, n° 59236, Inédit ; CE, 27 mars 1991, *Ministre de l'équipement et ministre du budget c/ Mlle X...*, n° 85680, Rec.). Il a même jugé qu'un agent qualifié de vacataire avait droit à la requalification de son contrat en contrat d'agent non titulaire s'il avait occupé de manière continue un emploi à correspondance à un besoin permanent de la collectivité (CE, 4 mai 2011, *Mme A...B...*, n° 318644, T.).

Pour déterminer si un agent est ou non un vacataire, le mode de rémunération de cet agent n'est pas un critère pertinent : il ne suffit pas qu'un agent soit rémunéré « à la vacation » ou à la tâche pour être regardé comme un

7 Cf. par ex. le décret n° 2003-224 du 7 mars 2003 fixant les règles applicables aux personnels contractuels de droit public recrutés par certains établissements publics intervenant dans le domaine de la santé publique ou de la sécurité sanitaire et le décret n° 2016-1697 du 12 décembre 2016 fixant les dispositions particulières applicables aux agents non titulaires de certains établissements publics de l'environnement.

8 Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'État

9 Décret n° 88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale



Agents contractuels

vacataire (CE, 10 novembre 1982, *M. Robert X...*, n° 21628, T. ; CE, 23 novembre 1988, *Mme Planchon c/ Ville d'Issy-les-Moulineaux*, n° 59236, Inédit ; CE, 8 novembre 1995, *Fédération SGEN-CFDT*, n° 110435, Inédit). Ne constitue pas non plus un critère pertinent le fait que l'activité de l'agent fasse obstacle à l'occupation d'un autre emploi public ou privé (CE, Ass., 11 juillet 1975, *Sieur de X... et autres*, Rec.).

Il faut s'en tenir à la lettre de l'article 1^{er} des décrets précités et examiner si l'agent a été engagé « *pour une tâche précise, ponctuelle et limitée à l'exécution d'actes déterminés* ». Ainsi, par exemple, les agents recrutés par l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) au moyen d'un contrat sans durée limitée (qui assurent, par définition, des missions ayant un caractère permanent)

et les agents recrutés au moyen d'un contrat prévu pour une durée limitée mais supérieure à un an ne sont pas des vacataires. Au contraire, les autres enquêteurs de l'INSEE, recrutés pour une durée inférieure à un an, le sont sur la base de contrats définissant des tâches ponctuelles et doivent être regardés comme engagés pour l'exécution d'un acte déterminé (CE, 26 mars 2003, *Syndicat national CGT de l'Institut national de la statistique et des études économiques*, n° 230011, Rec.). Le caractère ponctuel de la tâche doit être apprécié avec une certaine relativité puisqu'un agent recruté plusieurs fois, au cours de différentes années, pour exécuter des actes déterminés demeure toujours un agent vacataire et la répétition de ses vacations n'a pas pour effet, à elle seule, de lui conférer la qualité d'agent contractuel (CE, 11 février 2013, *Mme B...A...*, n° 347145, T.).



FICHE N° 84 :

Le contrat

CE, 12 juin 1996, *Communauté de communes du pays de Laval*, n° 167514, Rec.

CE, Sect., 31 décembre 2008, *M. Jean-Pierre A...*, n° 283256, Rec.

CE, 20 mars 2015, *Mme B...A...*, n° 371664, T.



L'essentiel

Si les emplois permanents de chacune des trois fonctions publiques doivent, en principe, être pourvus par des fonctionnaires, le recours aux agents contractuels se développe fortement, pour faire face non seulement à des besoins temporaires, mais aussi, de plus en plus, à des besoins permanents de l'administration. Parallèlement, les agents contractuels bénéficient de garanties croissantes, notamment en matière de prévention des renouvellements abusifs de contrats à durée déterminée, de limitation des cas dans lesquels l'administration peut refuser de renouveler de tels contrats, ou encore de régularisation des contrats irrégulièrement conclus. Au total, le recours au contrat se trouve aujourd'hui enserré dans un ensemble de règles textuelles et jurisprudentielles particulièrement complexes et qui varient fortement selon les cas de recrutement envisagés.



Les mots du juge

« Considérant que si [les dispositions des articles 3 de la loi du 16 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et 4 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat] n'autorisent pas les organes délibérants des collectivités territoriales à créer des emplois permanents exclusivement réservés à des agents contractuels, elle ne leur interdit pas de préciser que les emplois permanents qu'ils créent sont susceptibles d'être occupés par de tels agents et de fixer les conditions de leur recrutement »

CE, 12 juin 1996, *Communauté de communes du pays de Laval*, n° s 167514, 167528, 168350, 168531, Rec.).

« Considérant (...) que, sauf s'il présente un caractère fictif ou frauduleux, le contrat de recrutement d'un agent contractuel de droit public crée des droits au profit de celui-ci ; que, lorsque le contrat est entaché d'une irrégularité, notamment parce qu'il méconnaît une disposition législative ou réglementaire applicable à la catégorie d'agents dont relève l'agent contractuel en cause, l'administration est tenue de proposer à celui-ci une régularisation de son contrat afin que son exécution puisse se poursuivre régulièrement ; que si le contrat ne peut être régularisé, il appartient à l'administration, dans la limite des droits résultant du contrat initial, de proposer à l'agent un emploi de niveau équivalent, ou, à défaut d'un tel emploi et si l'intéressé le demande, tout autre emploi, afin de régulariser sa situation ; que, si l'intéressé refuse la régularisation de son contrat ou si la régularisation de sa situation, dans les conditions précisées ci-dessus, est impossible, l'administration est tenue de le licencier »

(CE, Sect., 31 décembre 2008, *M. Jean-Pierre A...*, n° 283256, Rec.)

« Considérant qu'il ressort (...) de l'interprétation de la directive [1999/70/CE] retenue par la Cour de justice de l'Union européenne que le renouvellement de contrats à durée déterminée afin de pourvoir au remplacement temporaire d'agents indisponibles répond, en principe, à une raison objective au sens de la clause [au sens de ce texte], y compris lorsque l'employeur est conduit à procéder à des remplacements temporaires de manière récurrente, voire permanente, et alors même que les besoins en personnel de remplacement pourraient être couverts par le recrutement d'agents sous contrats à durée indéterminée ; que, toutefois, si l'existence d'une telle raison objective exclut en principe que le renouvellement des contrats à durée déterminée soit regardé comme abusif, c'est sous réserve qu'un examen global des circonstances dans lesquelles les contrats ont été renouvelés ne révèle pas, eu



égard notamment à la nature des fonctions exercées par l'agent, au type d'organisme qui l'emploie, ainsi qu'au nombre et à la durée cumulée des contrats en cause, un abus » (CE, 20 mars 2015, Mme B...A..., n° 371664, T.)



Commentaire

Possibilité de recourir à des agents contractuels

Emplois permanents

Dans le champ de la fonction publique, le recours à des agents contractuels pour occuper des emplois permanents constitue l'exception, ces emplois devant, en principe, être occupés par des fonctionnaires. L'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dispose, en effet, que : « Sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont (...) occupés soit par des fonctionnaires régis par le présent titre, soit par des fonctionnaires des assemblées parlementaires, des magistrats de l'ordre judiciaire ou des militaires dans les conditions prévues par leur statut ». Les statuts de chacune des trois fonctions publiques contiennent toutefois un certain nombre de dérogations à cette règle, qui ont encore été étendues par la loi n° 2019-828 du 6 août 2019, qui a sensiblement élargi les possibilités de recours au contrat.

Ainsi, dans la fonction publique d'État, ne sont, par exemple, pas soumis à ces dispositions les emplois supérieurs dont la nomination est laissée à la décision du Gouvernement, les emplois de direction d'État dont la liste est fixée par décret ainsi que tous les emplois des établissements publics administratifs de l'État sous réserve des dispositions du code de la recherche pour les agents publics qui y sont soumis (art. 3 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984). Les emplois ou catégories d'emplois de certaines institutions administratives spécialisées de l'État dotées, de par la loi, d'un statut particulier garantissant le libre exercice de leur mission¹⁰ ne sont pas non plus soumis à ces dispositions. Sur l'ensemble de ces emplois, le recrutement s'effectue de manière indifférenciée entre un fonctionnaire et un agent contractuel, sans droit de priorité pour le premier.

La loi n° 2019-828 du 6 août 2019 a modifié l'article 47 de la loi n° 86-53 du 26 janvier 1984 pour abaisser le seuil de recrutement de contractuels sur des emplois fonctionnels tels que des emplois de directeur général ou directeur général adjoint des services, en l'étendant aux communes et EPCI à fiscalité propre de plus de 40 000 habitants (CE, 30 septembre 2015, *Communauté d'agglomération Côte Basque-Adour*, n° 375730, T.).

Des agents contractuels peuvent également être recrutés sur des emplois permanents lorsqu'il n'existe pas de

corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes ou lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient, cette dernière faculté étant désormais ouverte aux emplois de toute catégorie s'agissant des fonctions publiques d'État et territoriale¹¹. La jurisprudence a précisé que l'existence d'un besoin du service au sens de ces dispositions était caractérisée dans l'hypothèse où la procédure de recrutement d'un fonctionnaire se serait révélée infructueuse (CE, 20 décembre 1995, *Préfet du Val d'Oise c/ Commune de Bezons et autre*, n° 118654, Rec. ; CE, 15 janvier 1997, *Préfet du Nord c/ Commune de Wattrelos*, n° 152937, T.). Il a également été jugé que le recrutement d'un agent contractuel sur un emploi du niveau de la catégorie A lorsque la nature des fonctions et les besoins du service le justifie n'était pas subordonné à l'absence de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes (CE, 20 décembre 1995, *Préfet du Val d'Oise c/ Commune de Bezons et autre*, n° 118654, Rec.). En d'autres termes, les conditions posées par les textes, tenant à l'absence de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes et à l'existence de justifications liées à la nature des fonctions ou aux besoins du service, sont alternatives et non cumulatives.

Sur ce point, la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 a précisé que la nature des fonctions et les besoins des services pouvaient justifier le recrutement d'un contractuel sur un emploi permanent notamment lorsqu'il s'agit de fonctions nécessitant des compétences spécialisées techniques ou nouvelles ou 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.

En outre, la même loi a créé un troisième cas d'ouverture au contrat dans la fonction publique de l'État pour les emplois qui ne nécessitent pas une formation statutaire donnant lieu à titularisation dans un corps de fonctionnaire.

Ce texte a par ailleurs simplifié les modalités de recrutement par contrat dans la fonction publique territoriale en ouvrant l'accès aux contractuels à tous les emplois permanents des communes de moins 1000 habitants et, pour toutes les autres collectivités territoriales ou établissements publics, pour tous les emplois à temps non complet lorsque la quotité de temps de travail est inférieure à 50%.

¹⁰ Cf. le décret n° 84-455 du 14 juin 1984 fixant la liste des institutions administratives spécialisées de l'État prévue au 3° de l'article 3 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

¹¹ Pour la fonction publique d'État : art. 4 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 3-3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 9 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.



Relevons que le statut de la fonction publique hospitalière prévoit quant à lui la possibilité de recruter des contractuels sur des fonctions nouvellement prises en charge par l'administration ou nécessitant des connaissances techniques hautement spécialisées (article 9 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986).

Le recours à des agents contractuels est également possible pour faire face à la *vacance temporaire d'un emploi permanent* dans l'attente du recrutement d'un fonctionnaire¹² ou pour *remplacer un agent absent* notamment en raison d'un congé annuel, d'un congé de grave ou de longue maladie, d'un congé de longue durée, d'un congé pour invalidité temporaire imputable au service, d'un congé de maternité ou pour adoption, d'un congé de solidarité familiale, de l'accomplissement du service civil ou national, du rappel ou du maintien sous les drapeaux, ou de la participation d'un agent à des activités dans le cadre de réserves opérationnelles, de sécurité civile ou sanitaire¹³.

Enfin, les lois statutaires prévoient que les emplois permanents n'impliquant qu'un service à temps *incomplet* ou *non complet* sont pourvus par des agents contractuels¹⁴.

Emplois temporaires

L'article 3 du statut général n'interdit pas de recruter des agents contractuels pour occuper des emplois *par nature temporaires*. Les statuts prévoient ainsi, dans des conditions qui diffèrent légèrement d'une fonction publique à l'autre, la faculté de recruter des agents contractuels sur des

emplois résultant d'un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité¹⁵.

Pour déterminer le caractère permanent ou temporaire d'un emploi, au sens des dispositions des lois statutaires, la jurisprudence a précisé qu'il convenait de s'attacher à la nature du besoin auquel répond cet emploi et non à la seule durée pendant laquelle il est occupé (CE, 14 octobre 2009, *M. Dominique A...*, n° 314722, T.).

Enfin, l'article 17 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 a créé dans chacun des trois versants de la fonction publique un nouveau type de contrat à durée déterminée, dénommé *contrat de projet*. Ce contrat peut être conclu pour occuper un emploi destiné à répondre à un besoin temporaire des administrations de l'Etat et de ses établissements publics administratifs, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ainsi que des établissements relevant de la fonction publique hospitalière, pour la réalisation d'un projet ou d'une opération identifiés, dont l'échéance correspond à la réalisation du projet ou de l'opération. Ce nouveau contrat n'ouvre droit ni à un contrat à durée indéterminée, ni à titularisation. Conclu pour une durée déterminée minimale d'un an et ne pouvant excéder une durée de six ans, il prend fin avec la réalisation de son objet¹⁶. D'une manière générale, on se reportera, pour un panorama plus complet des cas dans lesquels il est possible de recruter des agents contractuels, à chacune des lois statutaires des trois fonctions publiques et, notamment, à leurs chapitres premiers portant « *Dispositions générales* ».

Procédure de recrutement

L'article 32 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 prévoit qu'à l'exception des emplois à la décision du Gouvernement et des emplois de directions pour lesquels une procédure *ad hoc* est prévue, le recrutement d'agents contractuels pour pourvoir des emplois permanents est prononcé à l'issue d'une procédure dont les modalités sont définies par décret en Conseil d'Etat, permettant de garantir l'égal accès aux emplois publics.

En application des lois statutaires, toute vacance d'emploi permanent qui a vocation à être occupée par un fonctionnaire, en application de l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, doit, en principe, faire l'objet d'une mesure de publicité adéquate, à l'instar des emplois vacants à pourvoir par des fonctionnaires en position d'activité ou dans une autre position¹⁷. Cette publicité doit intervenir sur un espace numérique commun aux trois fonctions publiques, sous les réserves apportées par le décret n° 2018-1351 du 28 décembre 2018. En revanche, aucun

principe général du droit n'impose que cette publicité soit étendue aux mouvements des magistrats judiciaires dont le statut ne relève pas de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (CE, 25 novembre 1994, *Mme Claire X...*, n° 134216, T.).

Pour les collectivités territoriales, la rédaction du statut de la fonction publique territoriale a conduit le Conseil d'Etat à juger que la publication de la vacance d'emploi est obligatoire, y compris lorsque la collectivité « *entend pourvoir un emploi par le recrutement d'un agent contractuel* » (CE, 14 mars 1997, *Département des Alpes-Maritimes*, n° 143800, Rec.). En revanche, pour l'Etat, le Conseil d'Etat jugeait que rien n'imposait la publication préalable des emplois pourvus par des agents contractuels, même lorsqu'il s'agissait d'un emploi permanent à temps complet (CE, Sect., 29 mars 1991, *M. A... et autres*, n° 77652, Rec. ; CE, 20 mars 2009, *M. Julien B...*, n° 299170, T.). Désormais le 5° de l'article 2 du décret n° 2016-1804 du 22 décembre 2016 prévoit que la direction générale de l'administration et de

12 Pour la fonction publique d'Etat : art. 6 *quinquies* de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 3-2 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 9-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

13 Pour la fonction publique d'Etat : art. 6 *quater* de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 3-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 9-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

14 Pour la fonction publique d'Etat : art. 6 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 3-3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 9 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

15 Pour la fonction publique d'Etat : art. 6 *sexies* de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 9 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

16 Pour la fonction publique d'Etat : article 7 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : II de l'article 3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : article 9-4 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

17 Pour la fonction publique d'Etat : art. 61 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 41 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 36 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.



la fonction publique « *s'assure de la publication des emplois vacants de l'État et de ses établissements publics sur la bourse interministérielle de l'emploi public* ». La publication de l'offre d'emploi est donc toujours obligatoire, même lorsqu'il est possible de recourir à un agent contractuel et que c'est l'intention de l'administration.

Dans une affaire relative au recrutement d'un agent contractuel par une collectivité territoriale pour mettre en place une taxe professionnelle unique sur l'ensemble de son territoire, le Conseil d'État a par ailleurs précisé qu'il était exclu qu'un avis de vacance réserve certains emplois à des contractuels, le recrutement d'agents contractuels n'étant qu'une faculté. En revanche, compte tenu de la possibilité ouverte par le statut de la fonction publique

territoriale de recruter des agents de catégorie A sur certains emplois lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient, il a jugé que rien n'interdisait à une collectivité territoriale, dès la création d'un emploi de catégorie A, d'indiquer que ce dernier peut être occupé par un agent contractuel (CE, 12 juin 1996, *Communauté de communes du pays de Laval*, n° 167514, Rec.). Cette solution paraît transposable aux autres cas dans lesquels les statuts prévoient la possibilité de recourir à des agents contractuels, en dehors des cas dans lesquels ces textes imposent le recours à des contractuels.

D'une manière générale, la légalité de la procédure de recrutement est conditionnée à l'existence d'une transparence permettant aux agents titulaires de candidater.

Durée des contrats

Dans la mesure où les emplois permanents doivent en principe être pourvus par des fonctionnaires, la logique voudrait que les agents contractuels soient en principe recrutés sur des contrats à durée déterminée. Contrairement aux fonctionnaires, ils n'ont en effet pas vocation au déroulement d'une carrière (cf. la fiche n° 87 « La rémunération des agents contractuels »).

Toutefois, les lois statutaires permettent le recours à des contrats à durée indéterminée¹⁸ bien qu'il soit prévu dans certains cas que seuls des contrats à durée déterminée peuvent être conclus : tel est, par exemple, le cas pour les agents recrutés sur des emplois permanents à temps incomplet¹⁹. Les agents recrutés sur des emplois par nature temporaire, pour faire face à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité (cf. *supra*), n'ont pas non plus vocation à bénéficier de contrats à durée indéterminée.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019, un agent contractuel recruté sur un emploi permanent à temps complet dans la fonction publique d'État, lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient (2° de l'article 4 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984), peut être directement recruté sur un contrat à durée indéterminée¹⁹.

Des mesures de portabilité des contrats à durée indéterminée, qui visent à favoriser la mobilité des agents contractuels, existent dans la fonction publique pour la fonction publique d'État et la fonction publique territoriale²⁰. Cette portabilité n'implique cependant pas que le nouveau contrat reprenne les stipulations du précédent. Dans la fonction publique hospitalière, un agent en contrat

à durée indéterminée peut être recruté dans un autre établissement sur un contrat à durée indéterminée sans que lui soit imposée la condition d'exercer des fonctions de même niveau hiérarchique²¹.

Par ailleurs, sous l'influence du droit de l'Union européenne (directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée), afin de limiter le recours abusif à une succession de contrats à durée déterminée et pour lutter contre la précarité, la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 a prévu que les contrats à durée déterminée ne pouvaient en principe excéder une durée de trois ans, renouvelable une fois par décision expresse, soit six ans en tout²². Tout contrat conclu avec un agent qui justifie d'une durée de services publics de six ans sur des emplois de la même catégorie hiérarchique (A, B ou C) auprès du même département ministériel, de la même autorité publique, du même établissement ou de la même collectivité est conclu, par décision expresse, pour une durée indéterminée²³. Cette « *cédeziation* » est réservée, dans les fonctions publiques d'État et territoriale, aux contrats conclus en application des articles 4 et 6 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984, 3-3 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 et 9 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986. En sont donc notamment exclus les agents recrutés pour faire face à la vacance temporaire d'un emploi permanent, qui ne peuvent bénéficier que de contrats d'une durée maximale d'un an prolongeables dans la limite de deux ans²⁴. Cette durée est légèrement différente dans la fonction publique hospitalière²⁵.

Les textes précisent, en outre, que lorsqu'un agent atteint cette ancienneté de six ans avant l'échéance d'un

18 Pour la fonction publique d'État, l'article 6 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 prévoit, depuis la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 que les contrats conclus en application du 2° de l'article 3 et des articles 4 et 6 peuvent l'être pour une durée indéterminée. ¹⁹ Pour la fonction publique d'État : art. 6 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 3-3 et 3-4 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 9 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

19 Art. 6 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984.

20 Art. 6 ter de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 et art. 3-5 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984.

21 Art. 16 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005.

22 Pour la fonction publique d'État : art. 6 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 3-3 et 3-4 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 9 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

23 Pour la fonction publique d'État : art. 6 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 3-4 et 3-4 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 9 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

24 Pour la fonction publique d'État : art. 6 *quinquies* de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique territoriale : art. 3-2 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984.

25 Art. 9-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.



contrat en cours, il est, selon les rédactions retenues par les différents statuts, « réputé bénéficiaire » d'un contrat à durée indéterminée²⁶ ou « peut » se voir proposer un tel contrat²⁷. Dans tous les cas, la transformation du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée doit entraîner la signature d'un nouveau contrat ou d'un avenant. Si donc un agent contractuel recruté à durée déterminée ne peut, au-delà d'une période d'emploi de six ans, être regardé comme titulaire d'un contrat à durée indéterminée en l'absence de décision expresse, il tient des dispositions lui conférant un droit à être *cédesté*, en cas d'interruption ultérieure de la relation d'emploi, un droit à l'indemnisation du préjudice qu'il a subi, évalué en fonction des avantages financiers auxquels il aurait pu prétendre en cas de licenciement s'il avait été employé dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée (CE, 30 juin 2017, n° 393583, T.).

La Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit, par un arrêt du 8 mars 2012, que la clause 5 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée qui figure

Cas des contrats entachés d'une irrégularité

Par une décision *Jean-Pierre A...*, (CE, Sect., 31 décembre 2008, n° 283256, Rec.), le Conseil d'État a estimé que le contrat de recrutement d'un agent contractuel de droit public créait des droits au profit de celui-ci, sauf dans le cas où il présenterait un caractère fictif ou frauduleux. Il a toutefois limité ces droits en estimant que l'agent n'a pas droit au maintien d'un contrat irrégulier.

Un contrat entaché d'une irrégularité, notamment en raison de sa contrariété à une disposition législative ou réglementaire, oblige ainsi l'administration à proposer à l'agent concerné une régularisation dudit contrat afin que son exécution puisse se poursuivre régulièrement. En l'absence de possibilité de régularisation, il appartient à l'administration, dans la limite des droits résultant du contrat initial, de proposer à l'intéressé un emploi de niveau équivalent ou, à défaut d'un tel emploi et si l'intéressé le demande, tout autre emploi, afin de régulariser sa situation. Si l'agent refuse la régularisation de son contrat ou si celle-ci s'avère impossible, l'administration est tenue de le licencier (pour un panorama plus large des cas des obligations de reclassement des agents contractuels par l'administration, cf. la fiche n° 86 « Les principes généraux du droit applicables aux agents contractuels »). Lorsque la régularisation n'implique la modification d'aucun élément substantiel du contrat de l'agent, l'administration y procède, sans être tenue d'obtenir son accord. Dès lors, si l'agent déclare refuser cette régularisation, ce refus n'y fait pas obstacle et l'administration n'est pas tenue de le licencier (CE, 22 septembre 2017, *M. X...*, n° 401364, T.). En revanche, l'intéressé ne saurait prétendre à la mise en œuvre des stipulations illégales de son contrat (CE, 30 mai 2012, *Mme B...A...*, n° 343039, T.).

Conditions de renouvellement ou de non-renouvellement du contrat à durée déterminée

Sont à la fois encadrés le renouvellement des contrats à durée déterminée, afin d'éviter le recours abusif à de tels

en annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 n'imposait pas aux États membres qui prévoient dans leur droit interne la transformation de contrats à durée déterminée en contrats à durée indéterminée à l'issue d'une certaine durée, de reprendre, dans le contrat à durée indéterminée, les clauses principales figurant dans le contrat précédent, sous réserve que cette transformation ne s'accompagne pas de modifications substantielles dans un sens globalement défavorable à la personne intéressée lorsque l'objet de la mission de celui-ci et la nature de ses fonctions demeurent les mêmes (CJUE, 26 janvier 2012, *M. Huet c/ Université de Bretagne occidentale*, aff. C-251/11).

Enfin, la jurisprudence a récemment précisé que, dans le silence des textes, les agents non titulaires recrutés sur des emplois fonctionnels des collectivités territoriales en application de l'article 47 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 peuvent être recrutés sur des contrats à durée indéterminée (CE, 30 septembre 2015, *Communauté d'agglomération Côte Basque-Adour*, n° 375730, T.).

Les obligations énoncées par la jurisprudence *Jean-Pierre A...* trouvent également à s'appliquer, de manière adaptée, dans l'hypothèse où le juge administratif ordonnerait en référé la suspension du contrat : il appartient dans ce cas à l'administration de chercher, par des mesures réversibles, à régulariser le contrat et, si la régularisation n'est pas possible, de proposer à titre provisoire un emploi de niveau équivalent ou tout autre emploi (CE, 27 octobre 2010, *M. Georges*, n° 321469, Rec.). La jurisprudence ultérieure a précisé que dès lors que le contrat de recrutement d'un agent contractuel crée des droits au profit de celui-ci, il peut, sauf dispositions contraires, être retiré par l'administration, s'il est illégal, dans le délai de quatre mois suivant la date à laquelle il a été pris, sans qu'il soit besoin, dans ce délai, de régulariser le contrat, de régulariser la situation de l'intéressé ou de procéder à son licenciement dans les conditions posées par la jurisprudence *Jean-Pierre A...* (CE, 21 novembre 2012, *Région Languedoc-Roussillon c/ M. A...*, n° 329903, T.). Il s'agit là d'un cas d'application de la jurisprudence *Ternon* sur le retrait des actes créateurs de droits (CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, n° 197178, Rec.).

Dans l'hypothèse où l'administration n'aurait pas respecté l'obligation qui lui incombe de proposer à l'agent titulaire du contrat entaché d'irrégularité une mesure de régularisation, ce dernier peut demander au juge la réparation du préjudice subi. Aucun préjudice ne peut cependant être allégué si l'administration fait valoir à bon droit que l'agent occupait un emploi auquel seul un fonctionnaire pouvait être affecté et que, à la date à laquelle il a été mis fin à son contrat, aucun emploi ne pouvait lui être proposé dans les conditions décrites ci-dessus (CE, Sect., 31 décembre 2008, *M. Jean-Pierre A...*, n° 283256, Rec.).

contrats, et le refus de renouvellement de tels contrats, qui doivent toujours être justifiés par l'intérêt du service.

²⁶ Pour la fonction publique d'État : art. 6 bis de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 9 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

²⁷ Art. 3-4 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984.



Prévention des renouvellements abusifs

La directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999, telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 26 janvier 2012, *Mme X... c/ Land Nordrhein-Westfalen*, aff. C-568/10), n'exclut pas le recours à des contrats à durée déterminée successifs. Elle impose seulement aux États membres d'introduire une ou plusieurs des trois séries de mesures suivantes dans leur législation interne : soit des mesures prévoyant les raisons objectives justifiant le recours à des contrats à durée déterminée, soit des mesures fixant la durée maximum totale de contrats à durée déterminée successifs, soit des mesures limitant le nombre de ces renouvellements. Ainsi que cela ressort des développements ci-dessus consacrés aux types de contrat, c'est la deuxième option qui a été choisie pour prévenir le recours abusif aux contrats conclus en cas d'absence de corps de fonctionnaires ou au titre de la nature des fonctions ou des besoins du service (on se reportera aux développements qui précèdent sur les cas possibles de recours au contrat). Mais ces règles dites de « *cédisation* » introduites dans les statuts ne s'appliquent pas à tous les contrats à durée déterminée, et notamment pas aux contrats conclus pour faire face à la vacance temporaire d'un emploi permanent ou à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité.

Dans une affaire récente, le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si la possibilité ouverte par le droit national de recourir à des contrats à durée déterminée successifs dans ces derniers cas était conforme au droit de l'Union européenne. Le recrutement d'agents sur contrat à durée déterminée pour faire face à des besoins provisoires n'étant encadré ni par une durée maximale des contrats successifs, ni par une limitation du nombre de contrats successifs pouvant être conclus, se posait la question de savoir si le recours à de tels contrats était justifié par des raisons objectives au sens de la directive. Le Conseil d'État a tranché cette question par l'affirmative. S'agissant du cas d'un agent d'entretien d'un institut médico-éducatif titulaire de vingt-huit contrats à durée déterminée successifs couvrant une période de sept années, il a jugé que le renouvellement de contrats à durée déterminée afin de pourvoir au remplacement temporaire d'agents indisponibles répondait, en principe, à une raison objective au sens de la directive, y compris lorsque l'employeur était conduit à procéder à des remplacements temporaires de manière récurrente, voire permanente, et alors même que les besoins en personnel de remplacement auraient pu être couverts par le recrutement d'agents sous contrats à durée indéterminée. Il a toutefois précisé que si cette raison objective excluait, en principe, que le recours à de tels contrats soit regardé comme abusif, c'était sous réserve qu'un examen global des circonstances dans lesquelles les contrats ont été renouvelés ne révèle pas, eu égard notamment à la nature des fonctions exercées par l'agent, au type d'organisme qui l'emploie ainsi qu'au nombre et à la durée cumulée des contrats en cause, un abus (CE, 20 mars 2015, *Mme B...A...*, n° 371664, T.). En l'espèce, il a estimé que, si les articles 9 et 9-1 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 n'étaient pas, par eux-mêmes, contraires au droit de l'Union européenne, les conditions dans lesquelles ils avaient été mis en œuvre par l'institut médico-éducatif employeur étaient abusives. Cette solution est transposable aux dispositions similaires des statuts des fonctions publiques d'État et territoriale.

L'agent concerné par le renouvellement abusif de contrats à durée déterminée peut se voir reconnaître un droit à indemnisation du préjudice éventuellement subi lors de l'interruption de sa relation d'emploi, évalué en fonction des avantages financiers auxquels il aurait pu prétendre en cas de licenciement s'il avait été employé dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée (CE, 20 mars 2017, *Mme A...B...* ; n° 392792, T.).

Encadrement des refus de renouvellement

Un agent public ne dispose d'aucun droit au renouvellement de son contrat à durée déterminée. L'échéance de la relation contractuelle ne saurait donc en aucun cas être assimilée à un licenciement. L'agent n'a, à plus forte raison, aucun droit au maintien des clauses de son contrat lorsque l'administration envisage de le renouveler.

Pour autant, les conditions de refus de renouvellement des contrats conclus pour faire face à des besoins permanents de l'administration sont encadrées. En effet, si le juge administratif estime que la décision de non renouvellement d'un contrat ne doit pas être précédée d'une procédure contradictoire et n'a pas à être motivée (CE, 22 novembre 2002, *Mme Sandra X...*, n° 232367, T.), même lorsqu'elle est prise pour des raisons tirées de la manière de servir de l'intéressé (CE, 23 février 2009, *M. Jacques A...*, n° 304995, T.), il juge aussi de longue date que le refus de renouvellement d'un contrat ne peut pas être pris pour un motif étranger à l'intérêt du service (CE, 19 octobre 1979, *Ville de Marseille c/ M. X...*, n° 09922, T. ; CE, 5 novembre 1986, *Commune de Blanquefort*, n° 58870, T. ; CE, 8 novembre 1999, *Commune de Saint-Gilles c/ Mme Lydia X...*, n° 190194, T.). Ainsi a-t-il, par exemple, été admis que la création d'un nouveau poste dans le cadre d'une mesure de réorganisation du service constituait un motif de non renouvellement qui n'était pas étranger à l'intérêt du service (CE, 14 décembre 2009, *Mme Vacher*, n° 305289, Inédit).

La proposition par l'administration d'un nouveau contrat substantiellement différent du précédent est assimilée à un refus de renouvellement (CE, 22 novembre 2002, *Mme Mura*, n° 232367, T.). Tel est notamment le cas en cas de baisse substantielle de rémunération, y compris lorsque cette baisse est liée à la baisse du temps de travail (même décision), en cas de modification du niveau de responsabilité (CE, 12 novembre 2001, *Société Cesia*, n° 221010, T.) ou en cas de diminution de la durée du contrat proposé (CE, 10 juillet 2015, *Conseil général de la Haute-Corse*, n° 374157, T.).

Lorsqu'il estime que la décision de l'administration de ne pas renouveler son contrat ou de le modifier substantiellement sans accord est illégale, en l'absence de justification tirée de l'intérêt du service, l'agent concerné peut en demander l'annulation devant le juge administratif. Il lui est également loisible de demander directement à ce dernier, statuant comme juge de plein contentieux, l'indemnisation du préjudice subi du fait de cette illégalité. Dans ce cas, il appartient au juge de forger sa conviction au vu de l'ensemble des éléments produits par les parties et de lui accorder une indemnité versée pour solde de tout compte et déterminée en tenant compte notamment de la nature et de la gravité de l'illégalité en cause, de l'ancienneté de l'intéressé, de sa rémunération antérieure, et des troubles dans ses conditions d'existence (CE, 10 juillet 2015, *Conseil général de la Haute-Corse*, n° 374157, T.).



FICHE N° 85 :

Les recours des tiers contre les contrats de recrutement d'agents publics

CE, Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n° 149662, Rec. CE, 2 février 2015, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 373520, Rec.



L'essentiel

Toute personne qui y a intérêt peut demander au juge administratif d'annuler pour excès de pouvoir un contrat de recrutement d'un agent public. Elle peut invoquer tout moyen de légalité au soutien de sa demande d'annulation.



Les mots du juge

« Considérant qu'eu égard à la nature particulière des liens qui s'établissent entre une collectivité publique et ses agents non titulaires, les contrats par lesquels il est procédé au recrutement de ces derniers sont au nombre des actes dont l'annulation peut être demandée au juge administratif par un tiers y ayant un intérêt suffisant »

(CE, Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n° 149662, Rec.)

« Considérant que les membres de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour contester, devant le juge de l'excès de pouvoir, les contrats de recrutement d'agents non titulaires par la collectivité ou le groupement de collectivités concerné ; (...) qu'eu égard aux intérêts dont ils ont la charge, les membres de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales peuvent invoquer tout moyen à l'appui d'un recours contre de tels contrats de recrutement »

(CE, 2 février 2015, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 373520, Rec.)



Commentaire

Pendant longtemps, en application des règles classiques du contentieux contractuel, les tiers ne pouvaient pas attaquer un contrat de recrutement d'un agent public

Tous les tiers qui y ont intérêt sont susceptibles de demander au juge administratif, par un recours en excès de pouvoir, d'annuler la nomination d'un fonctionnaire, qui constitue un acte unilatéral.

Qu'en est-il pour les contrats de recrutement des agents contractuels ?

En procédure civile, les tiers ne sont, en principe, pas recevables à contester un contrat lorsque celui-ci ne leur

créé aucun droit ou obligation puisque celui-ci ne constitue que la « loi des parties ». Ce raisonnement a longtemps prévalu également en contentieux administratif, les tiers n'étant recevables qu'à attaquer des actes unilatéraux préalables et détachables du contrat (CE, 4 août 1905, *Martin*, n° 14220, Rec.), mais pas le contrat lui-même.

Cette jurisprudence classique impliquait que les recours des tiers contre les contrats d'agents publics étaient irrecevables.

Mais la jurisprudence leur a finalement ouvert un recours, par dérogation aux règles du contentieux contractuel

La différence entre la recevabilité des recours contre les nominations des fonctionnaires, admise largement, et

l'irrecevabilité des recours contre les recrutements d'agents contractuels apparaissait difficile à justifier.



Cette asymétrie était d'autant plus problématique que la liberté contractuelle lors d'un recrutement sur contrat est singulièrement réduite par les textes légaux et réglementaires qui encadrent ces recrutements. La marge de négociation contractuelle est souvent présentée comme résiduelle. Elle concerne principalement la détermination des fonctions occupées, la durée de l'engagement en cas de contrat à durée déterminée, l'octroi de certains avantages particuliers (comme un allongement de la durée du préavis prévu par les règlements, cf. CE, 6 février 2013, *Mme B...A...*, n° 347622, T.) et, si elle n'est pas prédéterminée par des grilles, le montant de la rémunération.

Le Conseil d'État a donc admis, par la décision *Ville de Lisieux* (CE, Sect., 30 octobre 1998, n° 149662, Rec.), par exception, qu'un tiers puisse demander au juge de l'excès de pouvoir l'annulation d'un contrat de recrutement, en appuyant son raisonnement sur le fait que les agents contractuels se trouvent dans une situation davantage légale et réglementaire que véritablement contractuelle : leurs contrats sont en quelque sorte de « faux contrats » (J.-H. STAHL). Le requérant doit justifier d'un intérêt suffisant pour être recevable et tous les moyens de légalité peuvent en principe être invoqués.

Les règles du contentieux contractuel ont été bouleversées, mais ce recours contre les contrats des agents publics a conservé ses caractéristiques

En 2014, le Conseil d'État a abandonné la jurisprudence *Martin* (précitée) et poursuivi la redéfinition du régime des recours des tiers contre les contrats administratifs engagée depuis quelques années. Il admet désormais de façon générale que les tiers qui justifient d'un intérêt suffisant attaquent directement un contrat administratif (CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, Rec.).

En revanche, ce recours n'est pas qualifié de « recours pour excès de pouvoir » mais de « recours de plein contentieux », ce qui constitue le droit commun des recours contentieux en matière contractuelle. Autrement dit, le juge qui constate une irrégularité entachant le contrat contesté n'est pas tenu de l'annuler et dispose d'une palette d'outils à sa disposition : injonction de régularisation, octroi d'indemnités, annulation différée dans le temps pour permettre à la personne publique d'assurer la continuité du service, etc.

Cependant, le Conseil d'État a confirmé que le recours d'un tiers contre le contrat d'un agent public est bien un recours pour excès de pouvoir, par dérogation à ce qui est devenu le droit commun du contentieux contractuel. Comme lorsque la nomination d'un fonctionnaire est attaquée, un tel recours ne peut donc avoir que deux issues : le rejet ou l'annulation de la nomination (CE, 2 février 2015, *Commune d'Aix-en-Provence*, n° 373520, Rec.).

Par ailleurs, dans un recours pour excès de pouvoir, tout moyen est en principe invocable, et non seulement ceux qui se rapportent aux intérêts défendus par le requérant. Le Conseil d'État a jugé, dans la décision *Commune d'Aix-en-Provence*, que c'est le cas y compris lorsque le recours émane d'une personne qui ne se prévaut que de sa qualité de membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale.



FICHE N° 86 :**Les principes généraux du droit applicables aux agents contractuels**

CE, Ass., 8 juin 1973, *Dame X...*, n° 80232, Rec.

CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c/ Mme X...*, n° 36851, Rec.

CE, 2 octobre 2002, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, n° 227868, Rec.

CE, Sect., Avis, 25 septembre 2013, *Mme B...A...*, n° 365139, Rec.

**L'essentiel**

La jurisprudence administrative a largement contribué à rehausser le niveau de garanties applicable aux agents contractuels, par le relais de principes généraux du droit. Ces principes, dont s'inspirent les dispositions du code du travail mais également les règles statutaires applicables aux fonctionnaires, sont extrêmement divers, allant de l'interdiction de licencier une femme enceinte ou de discriminer selon le sexe ou la situation familiale à l'interdiction de proposer une rémunération inférieure au salaire minimum. La jurisprudence récente a surtout défini les contours des obligations de reclassement qui s'imposent à l'administration dans différentes hypothèses.

**Les mots du juge**

« Considérant que le principe général, dont s'inspire (...) le code du travail, selon lequel aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse, s'applique aux femmes employées dans les services publics lorsque, comme en l'espèce, aucune nécessité propre à ces services ne s'y oppose ; que, par suite, la décision du préfet du territoire de Belfort, qui a été prise en méconnaissance de ce principe, est entachée d'excès de pouvoir ; que, dès lors, la dame X... est fondée à soutenir que c'est à tort que par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Besançon a rejeté les conclusions de sa demande dirigées contre cette décision »
(CE, Ass., 8 juin 1973, *Dame X...*, n° 80232, Rec.)

« Considérant que si aucun texte ne prévoit que les communes employant des agents non titulaires pour accomplir des tâches d'encadrement et d'animation de leurs centres de vacances et de loisirs doivent rémunérer ces agents sur une base au moins égale à celle du salaire minimum de croissance qui est défini à l'article L. 141-2 du code du travail, pour les salariés entrant dans le champ d'application de cet article, Mme X..., agent non-titulaire de la ville de Toulouse, chargée des tâches susvisées, a droit, en vertu d'un principe général du droit applicable à tout salarié et dont s'inspire l'article L. 141-2 du code du travail, à un minimum de rémunération qui, en l'absence de disposition plus favorable pour la catégorie de personnel à laquelle l'intéressée appartient, ne saurait être inférieur au salaire minimum de croissance de l'article L. 141-2 »
(CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c/ Mme X...*, n° 36851, Rec.)

« Considérant qu'il résulte d'un principe général du droit, dont s'inspirent tant les dispositions du code du travail relatives à la situation des salariés qui, pour des raisons médicales, ne peuvent plus occuper leur emploi que les règles statutaires applicables dans ce cas aux fonctionnaires, que lorsqu'il a été médicalement constaté qu'un salarié se trouve de manière définitive atteint d'une inaptitude physique à occuper son emploi, il appartient à l'employeur de le reclasser dans un autre emploi et, en cas d'impossibilité, de prononcer, dans les conditions prévues pour l'intéressé, son licenciement »
(CE, 2 octobre 2002, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, n° 227868, Rec.)



« Un agent contractuel ne peut tenir de son contrat le droit de conserver l'emploi pour lequel il a été recruté, lorsque l'autorité administrative entend affecter un fonctionnaire sur cet emploi. L'administration peut, pour ce motif, légalement écarter l'agent contractuel de cet emploi. / Il résulte toutefois d'un principe général du droit, dont s'inspirent tant les dispositions du code du travail relatives à la situation des salariés dont l'emploi est supprimé que les règles du statut général de la fonction publique qui imposent de donner, dans un délai raisonnable, aux fonctionnaires en activité dont l'emploi est supprimé une nouvelle affectation correspondant à leur grade, qu'il incombe à l'administration, avant de pouvoir prononcer le licenciement d'un agent contractuel recruté en vertu d'un contrat à durée indéterminée pour affecter un fonctionnaire sur l'emploi correspondant, de chercher à reclasser l'intéressé »

(CE, Sect., Avis, 25 septembre 2013, Mme B...A..., n° 365139, Rec.)



Commentaire

Le juge administratif a largement contribué à la protection des agents contractuels, en veillant à leur assurer un niveau de garanties équivalent sur certains points à celui des salariés de droit privé, dans la mesure compatible avec l'intérêt du service public. Sans appliquer directement le code du travail, il a vu derrière un certain nombre de ses dispositions ainsi que derrière certaines règles statutaires applicables aux fonctionnaires, l'existence de principes généraux du droit, par définition applicables à tous.

Par une décision désormais ancienne, rendue dans sa formation la plus solennelle, le Conseil d'État a ainsi dégagé le principe selon lequel il est interdit, sauf faute d'une particulière gravité, de licencier une femme enceinte (CE, Ass., 8 juin 1973, Dame X..., n° 80232, Rec.). La décision Dame X... a été suivie d'une série d'autres, qui ont reconnu les principes selon lesquels :

- il est interdit de rémunérer un agent contractuel en deçà du salaire minimum (CE, Sect., 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c/ Mme X...*, n° 36851, Rec.) ;
- il est interdit de tenir le préavis de licenciement pour accompli pendant un congé de maternité (CE, 12 juin 1987, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme Seguin*, n° 67629, T.) ;
- il est interdit à un employeur d'infliger à ses employés des sanctions pécuniaires (CE, Ass., 1^{er} juillet 1988, *MM. X...et Y... c/ SNCF*, n° 66405, Rec.) ;
- un accord de travail ne peut qu'être plus favorable aux salariés que les prescriptions qui découlent des lois et règlements (CE, Ass., 8 juillet 1994, *CGT*, n° 105471, Rec.) ;
- il est interdit de faire subir des discriminations liées au sexe ou la situation de famille (CE, 27 mars 2000, *Mme Françoise Z...*, n° 155831, Rec.).

En revanche, aucune règle ni aucun principe n'interdit le licenciement d'un agent contractuel en congé de maladie (CE, 22 octobre 1993, *Chambre de commerce et de l'industrie de Digne et des Alpes-de-Haute-Provence*, n° 122191, T.).

La jurisprudence récente a par ailleurs précisé les obligations de reclassement qui s'imposent à l'administration.

Le juge administratif a d'abord consacré l'existence d'un principe général du droit, dont s'inspirent tant les dispositions du code du travail que les règles statutaires applicables aux fonctionnaires, selon lequel un salarié atteint de manière définitive d'une inaptitude physique à exercer son emploi doit être reclassé dans un autre emploi, et, en cas d'impossibilité de procéder à un tel reclassement, licencié. Ce principe, dégagé concernant un agent administratif d'une chambre consulaire (CE, 2 octobre 2002, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, n° 227868, Rec. ; confirmé et précisé par : CE, 19 mai 2017, M. B...A..., n° 397577, T.), est applicable à l'ensemble des agents contractuels de droit public (CE, 26 février 2007, *Agence nationale pour l'emploi*, n° 276863, T.). Dans le cas où un tel agent, qui bénéficie des droits créés par son contrat de recrutement, est employé dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, cette caractéristique de son contrat doit être maintenue, sans que puissent y faire obstacle les dispositions applicables le cas échéant au recrutement des agents contractuels (CE, 13 juin 2016, *Mme Y... épouse X...*, n° 387373, Rec.).

La jurisprudence a également précisé que les dispositions de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 qui subordonnent le reclassement de l'agent à la présentation par ce dernier d'une demande en ce sens avaient pour seul objet d'interdire à la personne publique d'imposer un tel reclassement, sans la dispenser d'inviter l'intéressé à présenter une telle demande (même décision). Enfin, la demande de reclassement présentée par l'agent devenu inapte n'a pas à mentionner la nature des emplois sur lesquels il sollicite son reclassement (CE, 17 mai 2013, *Mme A...B...*, n° 355524, T.). Cette interprétation jurisprudentielle de l'obligation prévue par les statuts de présenter une demande de reclassement rapproche la situation des agents de droit public devenus inaptes de celle des salariés du secteur privé (cf. la fiche n° 76 « Inaptitude et reclassement »).

L'administration est également tenue, en vertu d'un principe général du droit inspiré, là encore, à la fois du code du travail et des dispositions des statuts, de chercher à reclasser un agent contractuel recruté sur un contrat à durée indéterminée lorsqu'elle souhaite affecter un fonctionnaire sur le poste occupé par ce dernier (CE, Avis, 25 septembre 2013, *Mme B...A...*, n° 365139, Rec.) En



d'autres termes, l'affectation d'un fonctionnaire sur un emploi occupé par un contractuel constitue un motif valable de licenciement mais, dans le cas où l'agent dont le remplacement est envisagé bénéficie d'un contrat à durée indéterminée, ce licenciement est subordonné au fait pour l'administration de chercher à reclasser l'intéressé sur un emploi de niveau équivalent ou, à défaut d'un tel emploi et si l'intéressé le demande, sur tout autre emploi. Le licenciement ne peut être prononcé que si le reclassement s'avère impossible, faute d'emploi vacant ou si l'intéressé refuse la proposition qui lui est faite. Il en va de même lorsque, dans le cadre d'une réorganisation du service, l'administration supprime un emploi sur lequel était affecté un agent recruté sur un contrat à durée indéterminée (CE, 10 octobre 2014, *M. Guichard*, n° 365052, T. ; CE, 22 octobre 2014, *Ministre de l'éducation nationale*, n° 368262, T.).

L'administration doit aussi chercher à reclasser un agent irrégulièrement recruté et dont le contrat ne peut être régularisé (CE, Sect., 31 décembre 2008, *M. Jean-Pierre A...* n° 283256, Rec.), mais cette obligation, qui est la

conséquence du fait que l'agent concerné tire du contrat le droit d'être recruté, a été énoncée par le juge administratif sans détour par un principe général du droit (cf. la fiche n° 84 « Le contrat »).

Enfin, parallèlement à la découverte de principes généraux du droit, le juge administratif considère de longue date qu'un certain nombre de droits dont bénéficient les fonctionnaires sont applicables aux agents contractuels. Ainsi ces derniers ont-ils par exemple droit à la communication de leur dossier avant toute mesure prise en considération de leur personne (CE, Sect., 14 mai 1937, *Sieur X...*, Rec.), ainsi qu'à la protection fonctionnelle (CE, Sect., 26 avril 1963, *Centre hospitalier de Besançon*, Rec. ; CE, Sect., 9 juin 2011, *M. Georges A...*, n° 312700, Rec., mentionnant l'existence d'un principe général du droit ; cf. la fiche n° 23 « Le droit à la protection fonctionnelle »). Par une décision d'assemblée du 19 avril 1994, le Conseil d'État a également consacré un droit des agents contractuels à bénéficier d'une rémunération en cas de suspension non suivie d'une sanction (CE, Ass., 29 avril 1994, *M. Alain X...*, n° 105401, Rec.).



FICHE N° 87 :

La rémunération des agents contractuels

CE, 30 juin 1993, *Préfet de la région Martinique*, n° 120658, T. CE, Avis, 28 juillet 1995, *Préfet du Val d'Oise*, n° 168605, Rec.

CE, 8 mars 2006, *Syndicat national professionnel des médecins du travail*, n° 278960, T. CE, 30 décembre 2013, *Mme B...A...*, n° 348057, T.



L'essentiel

À la différence de la rémunération des fonctionnaires, la rémunération des agents contractuels est fixée librement par l'autorité administrative. Elle doit toutefois tenir compte d'un certain nombre de critères, notamment les fonctions, les qualifications et l'expérience de l'agent recruté. Rien ne fait obstacle à ce que les agents contractuels voient leur rémunération fixée par référence à un indice, ni à ce que les agents contractuels bénéficient du même régime indemnitaire que les agents titulaires. Enfin, les textes imposent désormais une réévaluation, au moins tous les trois ans, de la rémunération des agents contractuels, qu'ils soient recrutés pour une durée indéterminée ou pour une durée déterminée. Cette réévaluation n'implique pas systématiquement une augmentation de la rémunération.



Les mots du juge

« Considérant que la délibération attaquée, adoptée le 29 novembre 1989 par le conseil municipal de la commune du Robert, répartit les emplois occupés par les agents non titulaires de la commune dans six catégories, qualifiées d'échelles ou de groupes ; que chacune de ces catégories comporte un nombre variable d'échelons, de dix à quatorze, affectés d'indices de rémunération ; que ces dispositions, qui ont pour objet de prévoir sur longue période la carrière des agents en cause, méconnaissent de ce fait les dispositions (...) des lois des 11 et 26 janvier 1984 »

(CE, 30 juin 1993, *Préfet de la région Martinique*, n° 120658, T.)

« Il ne résulte d'aucune disposition d'aucun texte ni d'aucun principe général que les agents non titulaires recrutés par les collectivités locales sur le fondement de l'article 3 alinéa 1^{er} de la loi du 26 janvier 1984 pour faire face temporairement à la vacance d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu par un agent titulaire doivent être rémunérés sur la base de l'échelon de début de l'emploi vacant. Il appartient à l'autorité territoriale de fixer, au cas par cas, sous le contrôle du juge, la rémunération de ces agents en prenant en compte principalement la rémunération accordée aux titulaires qu'ils remplacent et, à titre accessoire, d'autres éléments tels que le niveau de diplôme et l'expérience professionnelle des non titulaires ainsi recrutés »

(CE, Avis, 28 juillet 1995, *Préfet du Val d'Oise*, n° 168605, Rec.)

« Considérant qu'en l'absence de toute disposition de loi ou de décret en décidant autrement, il appartient aux ministres compétents pour régler la situation des agents placés sous leurs ordres, de fixer les conditions de rémunération du personnel contractuel des services de médecine de prévention ; qu'aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe général ne fait obligation au gouvernement d'adopter un régime unique de rémunération pour l'ensemble des médecins des services de prévention, ni d'aligner les niveaux de rémunération en vigueur dans les différents ministères sur le barème de rémunération pratiqué au ministère de l'économie, des finances et de l'industrie »

(CE, 8 mars 2006, *Syndicat national professionnel des médecins du travail*, n° 278960, T.)

« Si, en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires relatives à la fixation de la rémunération des agents non titulaires, l'autorité compétence dispose d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en tenant compte notamment des fonctions confiées à l'agent et de la qualification re-



quise pour les exercer, le montant de la rémunération ainsi que son évolution, il appartient au juge, saisi d'une contestation en ce sens, de vérifier qu'en fixant ce montant l'administration n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation »
(CE, 30 décembre 2013, *Mme B...A...*, n° 348057, T.)



Commentaire

Les principes généraux régissant la rémunération des agents contractuels

Le principe est que l'autorité administrative dispose d'une marge d'appréciation importante pour fixer la rémunération des agents contractuels. En particulier, aucun texte ni aucun principe n'impose d'aligner le niveau de rémunération des contractuels sur celui des fonctionnaires, ces derniers n'étant pas placés dans une situation équivalente au regard du service public (CE, 11 janvier 1980, *M. Y...*, n° 11112, T. ; CE, 30 mars 1990, *Fédération générale des fonctionnaires Force ouvrière*, n° 76538, T.).

Le juge a posé quelques limites à la liberté du pouvoir réglementaire. Dans un avis contentieux rendu en 1995 (CE, Avis, 28 juillet 1995, *Préfet du Val d'Oise*, n° 168605, Rec.), portant en l'espèce sur le recrutement d'un agent non titulaire par une collectivité territoriale, le Conseil d'État a ainsi précisé qu'en l'absence de dispositions contraaires, il appartenait à l'autorité compétente de fixer la rémunération des agents non titulaires recrutés pour faire face temporairement à la vacance d'un emploi en prenant en compte principalement la rémunération accordée aux titulaires remplacés et, à titre accessoire, d'autres éléments tels que le niveau de diplôme et l'expérience professionnelle des intéressés. Plus récemment, par une décision du 30 décembre 2013 (CE, 30 décembre 2013, *Mme B...A...*, n° 348057, T.), le Conseil d'État a jugé que le juge administratif n'exerçait qu'un contrôle restreint sur le montant de la rémunération des agents contractuels, tout en précisant que l'administration devait tenir compte, notamment, « *des fonctions confiées à l'agent et de la qualification requise pour les exercer* ». Ces éléments ont également été pris en compte par le Conseil d'État pour contrôler le niveau de rémunération fixé par la personne publique à l'occasion de la reprise, dans le cadre d'un service public administratif, de contrats de droit privé (CE, 21 mai 2007, *Mme X... et autres*, n° 299307, T.).

Désormais, les critères devant être utilisés pour déterminer, au cas par cas, la rémunération des agents contractuels sont inscrits dans les textes²⁸, et notamment au troisième alinéa de l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 qui dispose que : « *La rémunération des agents contractuels est fixée par l'autorité compétente en tenant compte des fonctions exercées, de la qualification requise pour leur exercice et de l'expérience de ces agents. Elle peut tenir compte de leurs résultats professionnels et des résultats collectifs du service.* » Ces dispositions, qui reprennent les critères, non limitatifs, qui avaient été

dégagés de manière prétorienne ne modifient pas l'état du droit mais apportent une clarification bienvenue. Ils sont également repris dans les décrets régissant les agents contractuels de chacune des trois fonctions publiques. Leur application peut conduire l'autorité compétente à fixer une rémunération selon les cas inférieure ou supérieure à celle d'un agent titulaire qui occuperait les mêmes fonctions.

Le niveau de la rémunération des agents contractuels peut être fixé, au choix de l'autorité administrative, soit de manière globale et forfaitaire, soit par référence à la rémunération indiciaire des fonctionnaires (CE, Avis, 28 juillet 1995, *Préfet du Val d'Oise*, n° 168605, Rec.), complétée de l'indemnité de résidence et du supplément familial de traitement. Le Conseil d'État a jugé qu'aucun principe n'imposait de fixer la rémunération d'un agent contractuel recruté à titre temporaire pour faire face à la vacance d'un emploi au premier échelon du grade correspondant à l'emploi vacant (CE, Avis, 28 juillet 1995, *Préfet du Val d'Oise*, n° 168605, Rec.). Tout autre solution aurait été contradictoire avec le fait qu'aucun principe n'impose au gouvernement de fixer, par voie réglementaire, toutes les conditions de rémunération d'agents contractuels et que, en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires, il appartient aux ministres de fixer les conditions de rémunération des agents placés sous leur autorité, comme l'a rappelé le Conseil d'État dans un avis consultatif du 30 janvier 1997 (CE, Avis, 30 janvier 1997, n° 359964).

À la différence des agents titulaires appartenant au même corps ou cadre d'emplois ou des agents non titulaires placés dans une situation identique, le principe d'égalité de traitement n'impose pas que des agents contractuels relevant de ministères différents soient rémunérés de façon homogène, bien qu'ils exercent des fonctions de nature voisine (à propos de médecins de prévention employés par des ministères différents : CE, 8 mars 2006, *Syndicat national professionnel des médecins du travail*, n° 278960, T.).

Rappelons que la rémunération d'un agent contractuel ne peut, en tout état de cause, être inférieure au SMIC, en vertu d'un principe général du droit applicable à tout salarié (CE, Sect., 23 avril 1982, *Ville de Toulouse c/ Mme X...*, n° 36851, Rec.) (cf. la fiche n° 86 « Les principes généraux du droit applicables aux agents contractuels »).

²⁸ Pour les agents contractuels de l'État : art. 1-3 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour les agents contractuels des collectivités territoriales : art. 1-2 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour les agents contractuels des établissements hospitaliers : art. 1-2 du décret n° 91-155 du 6 février 1991.



Le régime indemnitaire des agents contractuels

Les ministres tirent de leur pouvoir général d'organisation de leurs services compétence pour instituer, dans le cadre des lois et règlements en vigueur, tout avantage pécuniaire en faveur des agents contractuels placés sous leur autorité dans ces services (à propos d'une prime de service : CE, 23 mars 2009, *Centre hospitalier de Montereau*, n° 312446, T.).

Les agents non titulaires peuvent, par ailleurs, bénéficier du même régime indemnitaire que les agents titulaires. S'agissant des agents territoriaux, le Conseil d'État a même jugé que cela résultait de l'article 136 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984, qui prévoit que sont applicables aux agents non titulaires certaines dispositions de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, au nombre desquelles celles de son article 20 qui prévoient que les fonctionnaires ont droit, après service fait, à une rémunération comprenant, entre

autres éléments, les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire, en sorte que les stipulations d'un contrat fixant la rémunération d'un agent sur la base d'un taux horaire appliqué au nombre d'heures de travail effectuées et excluant le versement de tout complément de rémunération méconnaissent les dispositions susmentionnées (CE, 30 mars 2016, *Commune de Saint-Denis c/ Mme B...A...*, n° 380616, T.).

Dans tous les cas, le montant et les différentes composantes de la rémunération doivent figurer dans le contrat conclu entre l'administration et l'agent. Une circulaire du 20 janvier 2016 recommande, lorsque la rémunération d'un agent contractuel est fixée par référence à un indice, de distinguer dans le contrat la rémunération principale de cet agent de sa rémunération accessoire, afin de faciliter la comparaison avec la rémunération des fonctionnaires²⁹.

L'évolution de la rémunération des agents contractuels

Le recours aux agents contractuels étant dérogatoire et temporaire, les agents contractuels ne sont pas classés dans une grille indiciaire et ne bénéficient donc pas d'un déroulement de carrière au même titre que les fonctionnaires. Le Conseil d'État a ainsi annulé une délibération par laquelle le conseil municipal d'une commune de la Martinique avait réparti les agents non titulaires de la commune en six catégories, qualifiées d'échelles ou de groupes, comportant chacun de dix à quatorze échelons, affectés d'indices de rémunération. Il a estimé que ces dispositions, qui avaient pour objet de prévoir sur longue période la carrière des agents en cause, méconnaissent les articles 3, 4 et 136 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 (CE, 30 juin 1993, *Préfet de la région Martinique*, n° 120658, T.). Il a retenu une solution similaire dans une affaire où était en cause une délibération d'un conseil municipal prévoyant l'octroi à un agent contractuel d'une bonification indiciaire périodique (CE, 17 octobre 1997, *Commune de Wattrelos*, n° 152913, Inédit). Pour autant, toute évolution de la rémunération des agents contractuels n'est bien entendu pas exclue. Jusqu'à il y a peu, la rémunération des agents contractuels recrutés pour une durée indéterminée devait faire l'objet d'un réexamen périodique au moins tous les trois ans, au vu des résultats de leur évaluation³⁰. Désormais, ces textes prévoient l'obligation de réévaluer au moins tous les trois ans la rémunération des agents contractuels, *au vu notamment des résultats des entretiens professionnels ou de l'évolution des fonctions*, qu'ils soient employés à durée

indéterminée ou à durée déterminée, à condition dans ce dernier cas qu'ils aient été employés de manière continue par le même employeur. Autrement dit, la réévaluation périodique de la rémunération des agents contractuels, désormais étendue aux titulaires de contrats à durée déterminée, doit nécessairement avoir une contrepartie, telle que par exemple l'amélioration du travail effectué ou l'évolution des tâches effectuées. Elle ne doit, en revanche, pas se traduire par un déroulement de carrière automatique sous peine de méconnaître la jurisprudence citée ci-dessus. Par ailleurs, le Conseil d'État a indiqué, dans son avis du 30 septembre 2014 en ce qui concerne le projet de décret modifiant du décret n° 86-83 relatif aux agents contractuels de l'État, que l'obligation de réévaluation n'impliquait pas systématiquement une augmentation de la rémunération perçue par l'intéressé : « *La notion de réévaluation n'implique aucun automatisme, l'administration ne pouvant s'abstenir de procéder à un examen au cas par cas de la situation de chaque agent contractuel* ».

À noter que subsistent quelques exceptions aux règles qui viennent d'être décrites. Ainsi, les agents contractuels de l'État recrutés pour une durée indéterminée antérieurement à 1983 bénéficient de grilles et de règles d'avancement spécifiques. Tel est également le cas pour les agents de certains établissements publics expressément autorisés à déroger sur ce point aux dispositions des lois statutaires.

²⁹ Circulaire du 20 janvier 2016 du ministre de la fonction publique relative à la réforme du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 portant dispositions générales aux agents contractuels de l'État, p. 18.

³⁰ Pour les agents contractuels de l'État : art. 1-3 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour les agents contractuels des collectivités territoriales : art. 1-2 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour les agents contractuels des établissements hospitaliers : art. 1-2 du décret n° 91-155 du 6 février 1991.



FICHE N° 88 :

La cessation de fonctions des agents contractuels

CE, Sect., Avis, 25 septembre 2013, Mme A..., n° 365139, Rec.



L'essentiel

La cessation de fonctions des agents contractuels peut survenir pour de multiples motifs. Elle peut intervenir à l'initiative de l'agent (démission) ou de l'employeur (non renouvellement du contrat à son expiration, licenciement pour motif personnel ou impersonnel). Selon le motif, les garanties procédurales et les droits de l'agent ne seront pas les mêmes.



Les mots du juge

« Le législateur a entendu que les emplois civils permanents de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics à caractère administratif soient en principe occupés par des fonctionnaires et il n'a permis le recrutement d'agents contractuels qu'à titre dérogatoire et subsidiaire, dans les cas particuliers énumérés par la loi, que ce recrutement prenne la forme de contrats à durée déterminée ou, par application des dispositions issues de la loi du 26 juillet 2005, de contrats à durée indéterminée.

Par suite, un agent contractuel ne peut tenir de son contrat le droit de conserver l'emploi pour lequel il a été recruté, lorsque l'autorité administrative entend affecter un fonctionnaire sur cet emploi. L'administration peut, pour ce motif, légalement écarter l'agent contractuel de cet emploi.

Il résulte toutefois d'un principe général du droit, dont s'inspirent tant les dispositions du code du travail relatives à la situation des salariés dont l'emploi est supprimé que les règles du statut général de la fonction publique qui imposent de donner, dans un délai raisonnable, aux fonctionnaires en activité dont l'emploi est supprimé une nouvelle affectation correspondant à leur grade, qu'il incombe à l'administration, avant de pouvoir prononcer le licenciement d'un agent contractuel recruté en vertu d'un contrat à durée indéterminée pour affecter un fonctionnaire sur l'emploi correspondant, de chercher à reclasser l'intéressé »

(CE, Sect., Avis, 25 septembre 2013, Mme A..., n° 365139, Rec.)



Commentaire

Les principales causes de cessation des fonctions d'un agent contractuel

Lorsque le contrat à durée déterminée parvient à son terme, l'agent n'a pas de droit au renouvellement de son contrat et cesse ses fonctions. L'agent peut également prendre l'initiative de la rupture en démissionnant. Il n'a pas à justifier d'un motif.

Le III de l'article 72 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 a prévu que désormais la cessation du contrat d'agent public à durée indéterminée pourra intervenir d'un commun accord des parties, par la rupture conventionnelle.

En dehors de ces hypothèses, la rupture est le fait de l'administration. On distingue les motifs de rupture du

contrat – qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée – selon que ces motifs trouvent leur cause dans la personne de l'agent (motifs personnels) ou non (motifs impersonnels).

Les motifs impersonnels de licenciement se rapportent à l'emploi occupé par l'agent contractuel. Celui-ci ne tenant de son contrat aucun droit à conserver son emploi pour lequel il a été recruté, il peut être licencié en raison de l'affectation d'un fonctionnaire sur son emploi (en conformité l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 aux termes duquel les emplois civils permanents sont occupés par des fonctionnaires) ou de la suppression du même emploi dans le cadre d'une modification de



l'organisation du service (CE, Sect., Avis, 25 septembre 2013, *Mme A...*, n° 365139, Rec. ; CE, 18 décembre 2013, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme A...B...*, n° 366369, T.). Il en est de même du licenciement provoqué par le refus de l'intéressé d'accepter une transformation de son emploi, entraînant une modification substantielle de son contrat, si elle est justifiée par les mêmes motifs (CE, 30 décembre 2015, n° 384308, T.). Les textes donnent désormais de ces motifs une liste limitative qui reprend, pour l'essentiel, ceux qu'a admis la jurisprudence³¹.

Les principaux motifs personnels de licenciement sont :

- l'inaptitude physique ;
- l'insuffisance professionnelle ;
- la faute disciplinaire ;
- l'impossibilité de réemploi après un congé de l'agent, lorsque le réemploi n'est pas de droit ;
- la mise à la retraite lorsque l'agent peut bénéficier d'une retraite à taux plein.

En vertu de principes généraux du droit, les licenciements pour motif impersonnel (CE, Sect., Avis, 25 septembre 2013, *Mme A...*, n° 365139, Rec.) et pour inaptitude physique (CE, 2 octobre 2002, Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle, n° 227868, Rec.) ne peuvent être prononcés qu'après que l'administration a cherché à reclasser l'agent sur un autre emploi ou que celui-ci a refusé les offres de reclassement.

Sous réserve des dispositions particulières à l'un des motifs de licenciement, l'administration ne peut licencier un agent contractuel qu'après avoir recueilli l'avis de la commission consultative paritaire³² et entendu l'intéressé dans le cadre d'une procédure contradictoire³³.

L'expiration du contrat à durée déterminée : des garanties procédurales

L'agent n'a pas de droit au renouvellement de son contrat. Toutefois, la réglementation prévoit que son employeur doit lui notifier son intention de renouveler ou non son contrat dans un certain délai avant l'expiration du contrat, délai qui varie d'une semaine à quelques mois en fonction de la durée du contrat qui expire (art. 45 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; art. 38-1 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; art. 41 du décret n° 91-155 du 6 février 1991)³⁴. Si la décision de ne pas renouveler un contrat n'a pas, en principe, à être précédée d'une procédure contradictoire avec communication du dossier (CE, 23 janvier 1981, *Mlle*

X..., n° 17932, Rec.), les agents bénéficiant d'une certaine ancienneté (plus de trois années) ont la garantie d'un entretien préalable.

La décision de non renouvellement du contrat peut faire l'objet d'un recours devant le juge administratif, qui vérifie que celle-ci est bien fondée sur un motif tiré de l'intérêt du service (CE, 19 octobre 1979, *Commune de Marseille*, n° 09922, T. ; CE, 5 novembre 1986, *Commune de Blanquefort*, n° 58870, T.). Son contrôle se limite à vérifier qu'un motif en lien avec l'intérêt du service justifie effectivement la décision de non renouvellement, celui-ci n'ayant pas à s'immiscer dans les choix de gestion de l'administration. Lorsqu'il n'y a pas eu d'entretien préalable alors qu'il était obligatoire, le juge annule la décision de non renouvellement s'il estime que cette omission a pu influencer sur la décision prise (CE, 26 avril 2013, *M. B...A...*, n° 355509, T.). En revanche, le non-respect des délais de préavis n'entraîne pas l'annulation de la décision de non renouvellement du contrat, mais ouvre simplement droit à indemnité (CE, 12 février 1993, *Mme Colette X...*, n° 109722, T.).

Dans le cadre de son contrôle, le juge requalifie toute mesure qui, au regard de l'intéressé, a une portée identique à une décision de non renouvellement. Il en va ainsi de la proposition qui lui est faite, au terme d'un contrat, de signer un nouveau contrat substantiellement différent du précédent (CE, 10 juillet 2015, *Conseil général de la Haute-Corse*, n° 374157, T.).

Si le juge constate que le refus de renouveler le contrat n'a pas été pris pour des motifs tirés de l'intérêt du service mais suivant une finalité répressive, il tire des conséquences de son caractère quasi-disciplinaire. Dès lors qu'une telle mesure est nécessairement prise en considération de la personne, il exige de l'administration qu'elle ait mis l'agent à même de demander communication de son dossier et de présenter ses observations préalablement à la décision (CE, 7 décembre 1983, *M. X...*, n° 44750, T.).

La démission

Les textes prévoient, comme pour les fonctionnaires, un préavis de démission à respecter et dont la durée varie en fonction de l'ancienneté de l'agent (art. 48 du décret du 17 janvier 1986 ; art. 39 du décret du 15 février 1988 ; art. 45-1 du n° 91-155 du 6 février 1991). La jurisprudence a précisé que le calcul de la durée du préavis, qui dépend de l'ancienneté de service, doit prendre en compte non seulement la durée du contrat en cours au moment de la démission, mais aussi celle de contrats conclus antérieurement au contrat en cours (CE, 12 décembre 2008, *M. Jean-Pierre A...*, n° 296099, T.) (cf. la fiche n° 60 « La démission »).

³¹ Pour les agents contractuels de l'État : art. 45-3 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour les agents contractuels des collectivités territoriales : art. 39-3 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour les agents contractuels des établissements hospitaliers : art. 41-3 du décret n° 91-155 du 6 février 1991.

³² Pour les agents contractuels de l'État : art. 47-2 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour les agents contractuels des collectivités territoriales : art. 42-2 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour les agents contractuels des établissements hospitaliers : art. 44-1 du décret n° 91-155 du 6 février 1991.

³³ Pour les agents contractuels de l'État : art. 47 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour les agents contractuels des collectivités territoriales : art. 42 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour les agents contractuels des établissements hospitaliers : art. 43 du décret n° 91-155 du 6 février 1991.

³⁴ Pour les agents contractuels de l'État : art. 45 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour les agents contractuels des collectivités territoriales : art. 38-1 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour les agents contractuels des établissements hospitaliers : art. 41 du décret n° 91-155 du 6 février 1991.



Les motifs impersonnels de licenciement d'un agent contractuel

Sauf cas particulier, les administrations ne sont pas soumises à la concurrence du marché. Elles ne licencient donc pas pour motif économique, comme une entreprise privée. Mais l'intérêt général dont elles ont la charge et les besoins des services qu'elles gèrent peuvent exiger des suppressions ou des transformations de leurs missions et de leur organisation, qui se traduisent par des suppressions ou des transformations des emplois. La suppression d'un emploi peut être causée par le souci de se réorganiser pour mieux accomplir les missions confiées à la collectivité publique mais aussi, simplement, par un souci d'économies (CE, 17 octobre 1986, *Commune de Saint-Léger-en-Yvelines*, n° 74694, T.).

Il faut souligner que l'agent contractuel n'est pas, pour son affectation, dans une situation réglementaire comparable au fonctionnaire. Son contrat lui garantit, en principe, une certaine affectation. Il n'est donc pas possible de procéder à l'équivalent d'une mutation dans l'intérêt du service, comme pour un fonctionnaire. Pour celui-ci, une telle mutation peut être justifiée par la transformation de l'emploi qu'il occupe comme par des considérations tirées de la personne du fonctionnaire, telles que des problèmes relationnels avec le reste du service (CE, 10 novembre 2004, *Sieur X...*, n° 262506, T.). L'administration peut procéder à une mutation d'office dans l'intérêt du service, alors même que l'intéressé n'a commis aucune faute (cf. la fiche n° 49 « La mutation et les conséquences sur la situation individuelle »). L'équivalent n'est pas possible pour un agent contractuel (v. par ex. CE, 29 juillet 1994, *Ville de Lyon*, n° 133701, T.). La rupture ou la transformation de son contrat doit être motivée soit par un motif personnel susceptible de justifier un licenciement, soit par un motif impersonnel. En tout état de cause, l'intérêt du service à changer le titulaire de l'emploi ne peut justifier à lui seul à la rupture du contrat, sans motif personnel ou impersonnel rendant nécessaire cette rupture.

Si un tel motif impersonnel de rupture du contrat existe, l'administration doit se poser deux questions :

Les motifs personnels de licenciement d'un agent contractuel

Le licenciement pour inaptitude physique

Un agent contractuel peut être licencié lorsqu'il est physiquement inapte à exercer les fonctions pour lesquelles il a été recruté. Toutefois, ce licenciement ne peut intervenir en méconnaissance d'un certain nombre de garanties reconnues à l'intéressé et au nombre desquelles figure l'obligation, pour l'administration, de chercher à le reclasser sur un autre emploi. Cette obligation est organisée par les textes et constitue, là encore, un principe général du droit. Selon le juge, « la mise en œuvre de ce principe implique que l'employeur propose à ce dernier un emploi compatible avec son état de santé et aussi équivalent que possible avec l'emploi précédemment occupé ou, à défaut d'un tel emploi, tout autre emploi si l'intéressé l'accepte » (CE, 2 octobre 2002, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, n° 227868, Rec. ; cf. la fiche n° 76 « Inaptitude et reclassement »).

- elle peut d'abord proposer à l'agent une modification de son contrat pour l'adapter ;

- en l'absence d'une telle proposition ou si celle-ci est refusée, l'administration doit essayer de reclasser l'agent dans un autre emploi sur lequel il est légal d'employer un agent contractuel. Ce droit au reclassement est un principe général du droit dégagé par l'avis *Mme Sadlon* (CE, Sect., Avis, 25 septembre 2013, n° 365139, Rec.), puis traduit et organisé dans les textes qui l'imposent en cas : de suppression ou de transformation du besoin ou de l'emploi ayant justifié le recrutement de l'agent ; de recrutement d'un fonctionnaire sur l'emploi occupé par celui-ci ; du refus de l'agent d'une modification substantielle du contrat en cours d'exécution³⁵.

Le reclassement suit une procédure complexe et sa mise en œuvre varie selon l'employeur de l'agent. L'ensemble des décisions de cette procédure forme une opération complexe (sur cette notion, cf. la fiche n° 40 « Le contentieux des concours ») : lors d'un recours contre la décision finale de licenciement en cas d'absence de reclassement ou de refus de l'emploi proposé, le requérant peut invoquer l'irrégularité de toutes les décisions prises antérieurement dans la procédure (CE, Avis, 23 décembre 2016, *M. A...*, n° 402500, Rec.).

Pour les agents contractuels de l'État, l'article 45-5 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 prévoit que « l'offre de reclassement concerne les emplois des services relevant de l'autorité ayant recruté l'agent », tandis que l'article 39-5 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 et l'article 41-5 du décret n° 91-155 du 6 février 1991 renvoient aux emplois des services de « l'autorité ayant recruté l'agent ». Dans les deux cas, il faut donc s'en référer à l'autorité ayant signé le contrat de l'agent en qualité d'ordonnateur et identifier les services pour lesquels la même autorité dispose du même pouvoir de recrutement.

Le juge accorde une grande importance à cette obligation. Ainsi, s'agissant d'un agent public bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée, il juge que le reclassement se fera sous la forme d'un contrat à durée indéterminée, y compris si l'emploi proposé doit en principe être pourvu par un contrat à durée déterminée (CE, 13 juin 2016, *Mme Y... épouse X...*, n° 387373, Rec.). À l'expiration de ce remplacement, l'agent reclassé demeure bénéficiaire d'un contrat à durée indéterminée et l'administration doit à nouveau chercher à l'affecter sur un emploi correspondant à son état de santé et à ses qualifications et ne peut le licencier qu'en cas d'impossibilité ou de refus de l'intéressé.

Le licenciement pour insuffisance professionnelle

Comme pour les fonctionnaires, l'insuffisance professionnelle peut justifier le licenciement d'un agent contractuel (cf. la fiche n° 58 « Le licenciement pour insuffisance

³⁵ Pour les agents contractuels de l'État : art. 45-5 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour les agents contractuels des collectivités territoriales : art. 39-5 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 ; pour les agents contractuels des établissements hospitaliers : art. 41-5 du décret n° 91-155 du 6 février 1991.



professionnelle »). La jurisprudence relative aux fonctionnaires peut donc servir de référence (à propos, par ex., du licenciement d'un directeur d'un établissement public de coopération intercommunale en raison de difficulté à gérer ses équipes : CE, 20 mai 2016, *Communauté urbaine de Strasbourg*, n° 387105, Rec.). Elle a précisé qu'une telle mesure doit être précédée d'une procédure contradictoire devant permettre à l'intéressé de prendre connaissance du dossier et de formuler ses observations (CE, 27 mars 1995, *M. C...A...*, n° 104274, Rec.).

Le juge est attentif à ce que l'administration ne déguise pas, par commodité, un licenciement disciplinaire en licenciement pour inaptitude professionnelle. Lorsqu'un tel licenciement est, par exemple, motivé par des refus d'exécuter les ordres et une attitude de dénigrement de la direction de l'agent, il est regardé comme fondé sur des motifs disciplinaires. Il est donc entaché d'illégalité en ce qu'il a été prononcé en méconnaissance de la procédure disciplinaire qui confère à l'intéressé des garanties spécifiques à ce motif de licenciement (CE, 16 octobre 1992, *Chambre d'agriculture des Ardennes*, n° 111381, T.).

Une incertitude résulte de la codification des motifs de licenciements à l'article 45-3 du décret du 17 janvier 1986 et 39-3 du décret du 15 février 1988 sur la possibilité de transposer certains motifs personnels de licenciement valables pour les salariés de droit privé. Ainsi, s'agissant des salariés protégés, le Conseil d'État – s'alignant sur la jurisprudence de la Cour de cassation – refuse qu'un licenciement soit fondé sur une simple « *perte de confiance* » dans un agent (CE, 31 janvier 2001, *M. G...*, n° 212015, T.), mais accepte qu'un licenciement soit fondé sur un ensemble d'éléments non fautifs si, « *en raison du niveau élevé des responsabilités exercées par le salarié, ils peuvent,*

compte tenu des atteintes susceptibles d'être portées au fonctionnement de l'organisme en cause, justifier légalement l'octroi d'une autorisation de licenciement ». Il s'agit de la reformulation et du resserrement de l'ancien motif de licenciement pour « *perte de confiance* », limité aux seuls salariés exerçant des responsabilités importantes (CE, Sect., 21 décembre 2001, *M. Michel BAUMGARTH*, n° 224605, Rec.). Pour les agents contractuels, le Conseil d'État a abandonné l'ancien motif tiré de la « *perte de confiance* » de l'employeur (CE, 6 avril 2001, *M. Philippe X...*, n° 207685, T.). En revanche, il n'a jamais eu l'occasion de transposer aux agents publics contractuels le motif de licenciement dérogé dans sa décision *Baumgarth*. Si on peut penser, à la faveur de quelques précédents, qu'il s'agit d'une forme particulière d'insuffisance professionnelle (CE, 17 mars 2004, *M. Jean-Marie X...*, n° 205436, T. ; CE, 30 janvier 2008, *Communauté d'agglomération de Bourg-en-Bresse*, n° 296406, Inédit), cette question n'a pas été jugée à ce jour.

Le licenciement pour faute

Il n'est possible que si la faute est suffisamment grave pour justifier la rupture du contrat. Là encore, on peut se reporter à la jurisprudence applicable aux fonctionnaires. En vertu des articles 43-2 du décret du 17 janvier 1986, 36-1 du décret du 15 février 1988 et 39 du n° 91-155 du 6 février 1991, le licenciement disciplinaire prive l'intéressé de ses droits à préavis et à indemnité de licenciement.

La procédure au terme de laquelle une sanction disciplinaire peut être infligée est régie par ces textes : communication du dossier, entretien individuel, possibilité de se faire assister par une personne de son choix, consultation de la commission consultative paritaire dans une formation particulière. Un licenciement pour faute doit, comme toute mesure disciplinaire, être motivé.

Le préavis et l'indemnité de licenciement des agents contractuels

Les textes prévoient que l'agent licencié a droit à un préavis dont la durée dépend de son ancienneté. Le Conseil d'État estime que la rupture du contrat avant la fin de ce préavis entache d'illégalité la mesure de licenciement (CE, 14 mai 2007, *M. Philémon A...*, n° 273244, T.) et ouvre droit à indemnité. Par une jurisprudence ancienne mais qui ne paraît pas avoir été remise en cause par la décision *M. Philémon A...*, le juge a, toutefois, précisé que la décision de licenciement n'est illégale qu'en tant qu'elle a pris effet avant l'expiration du délai de préavis (CE, 28 mars 1990, *Commune de Saint-Laurent-du-Var*, n° 91738, T.) : l'agent est donc licencié à compter de la date où le préavis aurait expiré s'il avait été respecté.

Il a été jugé, dans un état antérieur de la réglementation, que les textes applicables n'instituaient pas une « *indemnité compensatrice de préavis* » comparable à celle qui existe dans le droit du travail (CE, 12 avril 1995, *M. Guy X...*, n° 106391, Rec.). Cette jurisprudence demeure valable. L'employeur n'a donc pas le choix entre l'exécution du préavis et cette indemnité : il doit respecter le préavis. S'il ne le fait pas, il engage sa responsabilité, et doit réparer les préjudices causés par ce non-respect : le paiement des traitements dus mais aussi les autres préjudices qu'a pu causer, le cas échéant, cette privation du préavis (CE, 6 avril 1998, *M. François X...*, n° 154466, T.).

L'agent licencié a le droit à une indemnité de licenciement, dont le montant dépend de son ancienneté. L'indemnité n'est due qu'en cas de licenciement et dans des cas spécifiques prévus par les textes : elle n'est donc pas due en cas de démission ni lorsque l'agent refuse le renouvellement de son contrat, y compris lorsque l'offre de renouvellement est substantiellement différente du contrat précédent, si celle-ci est légale (CE, 14 mars 1980, *M. X...*, n° 13128, Rec.). L'indemnité n'est pas non plus due lorsqu'un agent contractuel licencié est un fonctionnaire détaché sur contrat, qui réintègre son corps d'origine, ou retrouve immédiatement un emploi dans une collectivité publique, que ce soit en application de l'obligation de reclassement ou par une autre voie. De même, l'indemnité n'est pas due si l'intéressé a atteint l'âge où il peut bénéficier d'une retraite à taux plein.

La circonstance qu'un agent contractuel licencié dans l'intérêt du service justifie d'un droit à congés rémunérés n'a pas pour effet de différer la date de son licenciement (CE, 15 mars 2017, n° 390757, T.). L'agent licencié ou dont le contrat vient à expiration sans qu'il ait pu, du fait de l'administration (en raison notamment du calendrier de congés annuels établi par le chef de service) prendre tous ses congés annuels, a droit à une indemnité compensatrice de congés annuels (art. 10 du décret du 17 janvier 1986, art. 5 du décret du 15 février 1988, art. 8 du n° 91-155 du



6 février 1991) dont l'objet est différent de l'indemnité de licenciement et qui se cumule avec celle-ci. Or, la Cour de justice de l'Union européenne a, en droit, élargi cette indemnité compensatrice à d'autres cas où l'agent public (fonctionnaire ou contractuel) n'a pas pu prendre ses

congés, notamment du fait d'une maladie (CJUE, 20 janvier 2009, *Gerhard Schultz-Hoff c/ Deutsche Rentenversicherung Bund*, aff. 350-06 & *Stringer e.a. c/ Her Majesty's Revenue and Customs*, aff. C-520/06 ; CJUE, 10 septembre 2009, *Francisco Vicente Pereda c/ Madrid Movilidad SA*, aff. C-277/08).

Le contentieux du licenciement

Le contentieux de la rupture du contrat est fréquemment l'occasion d'un débat sur la qualification du contrat. Le juge estime ainsi que le maintien en fonction d'un agent à l'issue du contrat initial a pour effet de donner naissance à un nouveau contrat (CE, 2 février 2000, *Commune de la Grande Motte c/ Mlle Christine X...*, n° 196158, T.) ou qu'une succession de contrats à durée déterminée peut entraîner la requalification de la relation d'emploi en contrat à durée indéterminée, dans le respect des conditions prévues par la loi pour de tels contrats (cf. la fiche n° 84 « Le contrat »). Une fois cette requalification effectuée, le juge peut être amené à constater que la rupture du contrat est intervenue au cours de l'exécution d'un contrat. Il requalifie alors cette rupture en mesure de licenciement, laquelle implique le respect d'une certaine procédure, d'un préavis et le versement d'une indemnité (cf. par ex. : CE, 14 mai 2007, *M. Philémon A...*, n° 273244, T.).

L'annulation de la mesure de licenciement a pour effet de remettre en vigueur le contrat qui avait été rompu. Elle implique donc, dans toute la mesure du possible, que l'agent retrouve son ancien emploi. Lorsque cela est impossible, l'employeur a l'obligation de réintégrer l'intéressé sur un emploi équivalent, aux conditions du contrat remis en vigueur (CE, 31 mai 1995, *Mme X...*, n° 32639, Rec.). En revanche, pour la période écoulée entre le licenciement illégal et la réintégration, l'agent n'a pas droit au rappel de ses traitements puisqu'il n'a pas effectué de service. Il a seulement droit à une indemnité compensant cette privation illégale de son emploi (CE, 29 octobre 1993, *Mme*

X..., n° 79573, T.). Le raisonnement du juge est comparable à celui qu'il tient pour le licenciement illégal d'un fonctionnaire (cf. la fiche n° 59 « Les conséquences indemnitaires d'une éviction irrégulière »).

Il faut toutefois tenir compte du fait que le contrat remis en vigueur est celui qui avait été conclu originellement : lorsqu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée et que la durée de celui-ci est, entre temps, expirée, l'agent n'a pas droit à la réintégration mais peut seulement prétendre à des indemnités pour avoir été illégalement privé de la fin de l'exécution de son contrat. De même, lorsque l'illégalité tient seulement au non-respect du préavis de licenciement, le juge ne pourra ordonner la réintégration qu'en référé, pour la durée restante du préavis. S'il se prononce postérieurement à la durée du préavis, l'agent n'aura droit qu'à une indemnité (CE, 28 mars 1990, *Commune de Saint-Laurent-du-Var*, n° 91738, T.).

Le juge de l'indemnité applique le raisonnement issu de la décision *X...* (CE, Sect., 19 juin 1991, *Mme X...*, n° 20619, Rec.). À savoir que lorsque l'illégalité du licenciement tient seulement à un vice de procédure et qu'il ressort clairement du dossier que le comportement de l'agent justifiait un licenciement que l'administration aurait prononcé si elle avait correctement conduit procédure, le juge estime que le préjudice invoqué par l'agent licencié a été directement causé par son comportement et non par le vice de procédure. Il refuse alors d'accorder une indemnité (CE, 18 juin 1986, *Mme Marguerite X...*, n° 49813, Rec.).



FICHE N° 89 :

La compétence de la juridiction administrative

CE, Sect., 21 juin 2013, *Mme A...*, n° 354299, Rec.



L'essentiel

Le contentieux de la fonction publique et des agents publics ressortit à la juridiction administrative, c'est-à-dire en principe au tribunal administratif. Par exception, certains litiges sont jugés en premier et dernier ressort par le Conseil d'État ou par des juridictions spécialisées. Le contentieux de la responsabilité des fonctionnaires relève des juridictions administratives ou judiciaires selon qu'est en cause une faute de service ou une faute personnelle. En revanche, lorsqu'un agent public met en cause la responsabilité de son employeur, la juridiction administrative est, en principe, toujours compétente.



Les mots du juge

« Considérant que [les] dispositions [de l'article R. 311-1 du CJA] donnent compétence au Conseil d'État pour connaître en premier et dernier ressort de l'ensemble des litiges concernant le recrutement et la discipline des agents publics [nommés par décret du Président de la République en vertu des dispositions de l'article 13 (troisième alinéa) de la Constitution et des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958, qu'il s'agisse des litiges relatifs aux décisions des autorités administratives prises en matière de recrutement et de discipline ou des litiges indemnitaires relatifs à la réparation du préjudice que ces décisions auraient causé »
(CE, Sect., 21 juin 2013, *Mme A...*, n° 354299, Rec.)



Commentaire

Les principes

Les juridictions françaises sont organisées en deux ordres de juridictions :

- la *juridiction judiciaire* qui dépend en dernier recours de la Cour de cassation et juge les litiges de droit privé ;
- la *juridiction administrative* qui dépend en dernier recours du Conseil d'État et juge les litiges de droit public.

Les litiges concernant les agents publics mettent en jeu des règles de droit public et relèvent de la juridiction administrative. C'est le cas pour tous les litiges relatifs à des fonctionnaires.

Pour un agent contractuel, il faut déterminer si son contrat est de droit public ou de droit privé, c'est-à-dire si son contrat est soumis ou non au code du travail. Tout agent contractuel employé par une personne de droit public et travaillant pour le compte d'un service public

administratif a un contrat de droit public (TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres c/ Conseil de prud'hommes de Lyon (dit Berkani)*, n° 03000, Rec. ; cf. la fiche n° 83 « La qualité d'agent contractuel de droit public »). À l'inverse, les agents d'un établissement public à caractère industriel et commercial sont, en principe, des agents de droit privé, à l'exception du directeur et du comptable s'il a la qualité de comptable public (CE, 26 janvier 1923, *Sieur de Robert X...*, n° 62529, Rec. p. 67). Lorsqu'une personne privée est chargée d'un service public, ses agents sont en principe soumis au code du travail, que ce service public soit administratif ou industriel et commercial.

Lorsque le litige relève de la juridiction administrative, c'est normalement le tribunal administratif qui est compétent. Par exception, certains litiges relèvent directement du Conseil d'État en premier ressort ou de juridictions administratives spécialisées.



La compétence en premier ressort du Conseil d'État

S'agissant du contentieux de la fonction publique, le Conseil d'État est, en vertu de l'article R. 311-1 du CJA, compétent pour connaître en premier et dernier ressort :

1° Des *ordonnances du président de la République et des décrets*. Ainsi, tous les actes statutaires ou relatifs à la rémunération qui sont édictés en cette forme relèvent donc du Conseil d'État ; en outre, toutes les mesures nominatives édictées par décret relèvent de ce seul fait du Conseil d'État ;

2° Des *actes règlementaires des ministres et autres autorités à compétence nationale*. Ce chef de compétence inclut, notamment, tous les arrêtés ministériels fixant des règles en matière de fonction publique ;

3° Des « *litiges concernant le recrutement et la discipline des agents publics nommés par décret du président de la République en vertu des dispositions de l'article 13 (troisième alinéa) de la Constitution et des articles 1^{er} et 2 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État* ». Ce chef de compétence a donné lieu à une jurisprudence complexe :

- sont concernés non tous les agents nommés par décret du président mais seulement ceux qui le sont en vertu des textes mentionnés (pour des cas d'exclusion : à propos d'un administrateur des postes et télécommunications, CE, 16 juin 2000, *M. Y...*, n° 176736, T. ; ou d'un directeur d'études à l'École des hautes études en sciences sociales, CE, 15 mai 2006, *M. D...B...*, n° 289493, T.). Sont notamment concernés les préfets, recteurs, directeurs d'administration centrale, magistrats, professeurs des universités, officiers et membres des corps liés à l'École nationale d'administration et à l'École polytechnique ;

- la nomination en question peut être une nomination dans un corps, dans un grade, voire dans un emploi si le décret du président de la République est requis

par la Constitution ou par l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 (notamment pour les directeurs d'administration centrale ; CE, 30 juillet 2003, *M. Jean-Yves X...*, n° 250992, T.) ;

- la notion de recrutement a été interprétée de façon extensive : elle inclut les actes de procédure antérieurs au recrutement, notamment en cas de refus empêchant un recrutement (CE, Sect., 21 juin 2013, *Mme A...*, n° 349730, Rec.), et concerne tout recrutement dans le corps, y compris lorsque l'agent exerçait déjà sous contrat des fonctions analogues (CE, 22 mai 2015, *M. A...B...*, n° 384186, T.) ;

- les litiges relatifs à la discipline concernent les *sanctions disciplinaires* elles-mêmes (CE, 13 juillet 2012, *M. B...A...*, n° 342633, T.) ainsi que les *mesures de suspension prises à titre conservatoire* dans l'attente du prononcé d'une sanction disciplinaire ou pénale (CE, 26 juillet 2011, *M. Bruno A...*, n° 343837, T. ; solution implicite : CE, 10 décembre 2014, *M. B...A...*, n° 363202, T.). En revanche, les actes ayant trait à l'exécution d'une sanction disciplinaire (ainsi un reclassement tirant les conséquences d'une sanction de rétrogradation : CE, 28 novembre 2014, *M. A...B...*, n° 372614, T.) ou à sa suspension (CE, 29 septembre 2017, *M. B...A...*, n° 401679, T.) relèvent du tribunal administratif. De même, le fait que le requérant soutienne que la mesure, intervenue en dehors de toute procédure de sanction, constitue une sanction déguisée ne rend pas le Conseil d'État compétent (CE, 19 décembre 2012, *M. Cyril B...*, n° 357475, T.) ;

- s'agissant du contentieux indemnitaire, il ressortit à la compétence Conseil d'État si la faute invoquée a trait à une *procédure de recrutement ou de sanction* par l'administration (CE, Sect., 21 juin 2013, *Mme A...*, n° 354299, Rec.). En revanche, s'il s'agit d'une faute commise non pas à l'occasion d'une procédure de recrutement ou de sanction mais à l'occasion d'*actes liés à l'exécution d'un recrutement ou d'une sanction*, c'est le tribunal administratif qui est compétent (CE, 5 décembre 2011, *M. Bruno A...*, n° 347709, T.).

Les jugements rendus en matière de fonction publique par les tribunaux administratifs peuvent, en principe, faire l'objet d'un appel

En vertu de l'article R. 811-1 du CJA, une partie du contentieux de la fonction publique est privé d'appel : les jugements des tribunaux administratifs qui se prononcent sur des pensions de retraite ou qui statuent sur

des demandes indemnitaires de moins de 10 000 euros ne sont susceptibles que d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'État.

Les principales juridictions spécialisées en matière de fonction publique

La discipline de certains agents publics relève de juridictions disciplinaires spécialisées. Dans ces hypothèses, le pouvoir de sanction disciplinaire n'appartient pas à l'autorité de nomination (le plus souvent le ministre), mais à une juridiction dont les décisions relèvent, en cassation, du Conseil d'État. Il en va ainsi, par exemple :

- les magistrats du siège qui relèvent, en premier et dernier ressort, du Conseil supérieur de la magistrature statuant

en formation disciplinaire (CE, Ass., 12 juillet 1969, *Sieur L'Étang*, n° 72480, Rec.) ;

- pour les enseignants-chercheurs qui relèvent, en premier ressort, des conseils disciplinaires des universités et, en appel, du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche en formation disciplinaire¹ ;

1 Art. L. 712-6-2 et L. 232-2 du code de l'éducation.



- pour les magistrats administratifs (à l'exclusion donc des membres du Conseil d'État) qui relèvent, en premier et dernier ressort, du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratifs d'appel statuant en formation disciplinaire² ;
- pour les magistrats financiers qui relèvent, en premier et dernier ressort, du Conseil supérieur des chambres régionales des comptes statuant en formation disciplinaire³ ;
- pour les comptables et les ordonnateurs qui peuvent, outre l'action disciplinaire, faire l'objet d'actions spécifiques pour leur mauvaise gestion ou le non-respect des règles comptables. Les comptables relèvent, en premier ressort, des chambres régionales des comptes et, en

appel, de la Cour des comptes. Les ordonnateurs, qui gèrent les budgets des personnes publiques, peuvent se voir sanctionner par la Cour de discipline budgétaire et financière.

Tandis que le contentieux des pensions de retraite relève des tribunaux administratifs, il faut signaler que les pensions militaires d'invalidité relèvent, en premier ressort des tribunaux départementaux des pensions militaires d'invalidité et des victimes civiles de la guerre, en appel des cours régionales des pensions et, en cassation, du Conseil d'État⁴. Toutefois, ces juridictions sont supprimées à compter du 1^{er} novembre 2019 et leurs compétences transférées au juge administratif de droit commun⁵.

Le contentieux de la responsabilité

Lorsqu'est mise en cause la responsabilité d'un agent public, l'ordre de juridiction compétent dépend de la nature de la faute : s'il s'agit d'une faute de service, c'est l'employeur qui est responsable et le requérant doit donc attaquer la personne publique devant les juridictions administratives. L'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 rappelle que « Sauf en cas de faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions, la responsabilité civile du fonctionnaire ne peut être engagée par un tiers devant les juridictions judiciaires pour une faute commise dans l'exercice de ses fonctions. » La jurisprudence a par ailleurs largement ouvert le recours devant le juge administratif dès lors qu'il y a cumul de fautes ou lorsqu'une faute personnelle n'est pas dénuée de tout lien avec le service (cf. les fiches n° 33 « La responsabilité du service et la responsabilité personnelle de l'agent public » et n° 34 « Les actions récursoires de l'agent et de son administration »).

En outre, un grand nombre d'accidents peuvent être causés par des véhicules conduits par des agents publics dans le cadre de leurs fonctions. Pour simplifier la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, la loi n° 57-1424 du 31 décembre 1957 a posé le principe que « toute action en responsabilité tendant à la réparation des

dommages de toute nature causés par un véhicule » relève des tribunaux judiciaires, même si l'accident est intervenu à l'occasion d'une activité de service public.

Lorsqu'un agent public recherche la responsabilité de son employeur, ce sont les juridictions administratives qui sont seules compétentes. En particulier, lorsqu'un fonctionnaire est victime d'un accident dans le cadre du service, cet accident de service donne lieu à une réparation par son employeur, qui est l'équivalent dans le secteur public de l'indemnisation des accidents du travail dans le secteur privé. Cette protection se traduit par des congés de maladie particuliers ou d'autres formes de réparation qui relèvent d'un régime de responsabilité sans faute (cf. les fiches n° 74 « Les congés de maladie » et n° 79 « L'indemnisation complémentaire au-delà du forfait de pension »). Ces litiges relèvent toujours des juridictions administratives, y compris lorsque l'accident a été causé par un véhicule (TC, 8 juin 2009, *Consorts Royer c/ Commune du Cannet*, n° 3697, Rec.). Cela n'empêche pas la victime, si elle le souhaite, de rechercher la responsabilité pour faute de l'auteur lui-même, cette action relevant alors toujours des tribunaux judiciaires puisque l'accident a été causé par un véhicule (TC, 16 novembre 2015, *M. et Mme X... c/ Ministre des finances*, n° 4036, Rec.).

2 Art. L. 232-2 et L. 236-6 du code de justice administrative.

3 Art. L. 223-1 et L. 223-5 du code des juridictions financières.

4 Art. L. 711-1 et s. du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre.

5 Cf. l'article 51 de la loi n° 2018-607 du 13 juillet 2018 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense et le décret n° 2018-1291 du 28 décembre 2018.



FICHE N° 90 :

L'intérêt pour agir

CE, 23 juillet 2003, *Syndicat Sud Travail*, n° 251619, T.



L'essentiel

L'accès au prétoire du juge administratif n'est pas absolu. Dans le contentieux de la fonction publique, les associations et syndicats de fonctionnaires, comme les agents eux-mêmes, ne sont recevables à demander l'annulation des actes réglementaires se rapportant à l'organisation ou à l'exécution du service que lorsque ces actes *porteraient atteinte à leurs droits et prérogatives ou affecteraient leurs conditions d'emploi et de travail*. En dehors de ce cas, ils n'ont pas, en vertu d'une jurisprudence séculaire, intérêt à demander l'annulation des dispositions d'organisation du service. Si, pour les groupements de fonctionnaires chargés de la sauvegarde d'un intérêt collectif, l'intérêt pour agir est plus aisément admis lorsque l'acte attaqué possède une portée générale et impersonnelle, la contestation par ces personnes morales d'actes individuels peut être possible, sous réserve de respecter certaines conditions.



Les mots du juge

« Considérant que les fonctionnaires et les associations ou syndicats qui défendent leurs intérêts collectifs n'ont pas qualité pour attaquer les dispositions se rapportant à l'organisation ou à l'exécution du service, sauf dans la mesure où ces dispositions porteraient atteinte à leurs droits et prérogatives ou affecteraient leurs conditions d'emploi et de travail »
(CE, 23 juillet 2003, *Syndicat Sud Travail*, n° 251619, T.)



Commentaire

La reconnaissance de l'intérêt pour agir d'une personne morale ou d'une personne physique constitue un élément indispensable à la recevabilité d'une requête. La spécificité du droit de la fonction publique repose sur la prégnance du principe hiérarchique. En principe, les agents et leurs groupements n'ont pas intérêt à contester les mesures relatives à l'organisation et au fonctionnement du service, lesquelles constituent une manifestation du pouvoir autonome détenu par le chef de service (CE, Sect., 7 février 1936, *Sieur Jamart*, n° 43321, Rec.). De même, les fonctionnaires et les associations ou syndicats qui défendent leurs intérêts collectifs n'ont pas qualité pour attaquer les dispositions se rapportant à l'organisation ou à l'exécution du service, sauf dans la mesure où ces dispositions porteraient atteinte à leurs droits et prérogatives ou affecteraient leurs conditions d'emploi et de travail : par suite, ils n'ont en principe pas d'intérêt pour agir afin de demander l'annulation d'un décret relatif aux attributions d'un ministre (CE, 31 décembre 2019, *Syndicat professionnel UATS-UNSA*, n° 429715, T.).

Toutefois, leur intérêt pour agir est admis pour contester des décisions relatives à l'organisation du service, dès lors

que ces décisions portent atteinte à leurs « *prérogatives statutaires* », c'est-à-dire aux droits qu'ils tiennent de leur statut (CE, 11 décembre 1903, *Sieur Y...*, n° 10211, Rec. ; CE, Ass., 26 octobre 1956, *Association générale des administrateurs civils*, Rec. ; CE, Sect., 13 janvier 1993, *Syndicat national autonome des policiers en civils*, n° 88531, Rec.). Ces *prérogatives* peuvent être strictement statutaires, c'est-à-dire liées au corps ou cadre d'emplois du fonctionnaire (CE, Ass., 5 mars 1948, *Sieur Guillaume et autres*, Rec.) ou plus largement fonctionnelles (CE, Sect., 7 décembre 1956, *Dame Delecluse-Dufresnes*, Rec. : « *prérogatives attachées à l'exercice [des] fonctions* »). La jurisprudence a ensuite étendu la recevabilité aux recours dirigés contre les dispositions affectant les « *conditions d'emploi et de travail* » (CE 27 avril 2011, *Syndicat national CGT des agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, n° 312368, T.).

Les usagers ont, quant à eux, intérêt à contester les dispositions d'organisation du service qui leur font grief. La réalité administrative n'oppose pas nécessairement l'organisation du service fondé sur l'intérêt général, d'une part, et les prérogatives statutaires justifiées par l'intérêt



personnel du fonctionnaire, d'autre part. Il appartient au juge administratif d'identifier si, derrière telle mesure d'organisation du service, une atteinte aux avantages et garanties statutaires ou aux conditions d'emploi et de travail peut être suffisamment caractérisée pour reconnaître un intérêt à en demander l'annulation. Quelques

éléments généraux sur l'intérêt pour agir méritent d'être rappelés avant d'évoquer les principales tendances qui se dégagent de la jurisprudence administrative à propos de l'appréciation de l'objet social fixé par les statuts des personnes morales requérantes et de l'intérêt à pouvoir contester les actes réglementaires et individuels.

Les principes transversaux de l'intérêt pour agir s'appliquent aux recours présentés par les agents publics et leurs groupements

Précisons que, avant de contrôler l'intérêt pour agir du requérant, le juge doit s'assurer de sa capacité à agir, ce qui est généralement le cas pour une personne physique majeure et une personne morale. S'agissant des personnes morales, le juge administratif contrôle la régularité de l'habilitation de son représentant – personne physique – à ester en justice au regard des statuts (CE, 22 octobre 1965, *Mlle X...*, n° 59107, Rec.). En l'absence de stipulation prévue par les statuts et réservant expressément à un autre organe la capacité de décider de former une action devant le juge administratif, c'est l'organe tenant du statut le pouvoir de représenter en justice la personne morale qui a qualité pour ester en justice (CE, Sect., 3 avril 1998, *Fédération de la plasturgie*, n° 177962, Rec.) ou pour représenter l'association ou le syndicat « dans les actes de la vie civile » (CE, 27 juin 2016, *Syndicat régional CFDT santé sociaux de Corse*, n° 388758, T.). En l'absence de toute mention dans les statuts, c'est l'assemblée générale qui dispose de ce pouvoir (CE, 16 février 2001, *Association pour l'égalité aux concours et examens*, n° 221622, Rec.).

En principe, l'intérêt pour agir d'une personne morale s'apprécie à la date à laquelle le recours est introduit (CE, 6 octobre 1965, *Sieur X...*, n° 61217, Rec.) sans que puissent être prises en compte les modifications substantielles apportées à son objet social au cours de l'instance (CE, 22 novembre 1963, *Sieur Dalmas de Polignac*, n° 57501, Rec. ; CE, 24 octobre 1994, *Commune de la Tour du Meix c/ Fédération de défense de l'environnement du Jura*, n° 123316, Rec.) : l'intérêt pour agir ne peut pas se perdre. En cas de décision implicite de rejet, l'intérêt à agir du requérant s'apprécie aussi à la date du recours contentieux introduit devant le juge administratif (CE, 6 octobre 1965, *Sieur X...*, n° 61217, Rec.). Il est admis qu'un requérant puisse justifier à tout moment de la procédure devant les juges du fond, y compris pour la première fois en appel, de la qualité qui lui donne intérêt pour agir (CE, 23 novembre 2015, *SARL New Margin*, n° 364757, T.). Même après la clôture de l'instruction, la production d'éléments justifiant de l'intérêt pour agir est possible lorsque le requérant n'était pas en mesure d'en faire état avant la clôture de l'instruction (CE, 23 décembre 2014, *Communauté d'agglomération du Grand Besançon*, n° 371035, T.).

L'objet social d'une personne morale guide l'appréciation de son intérêt à agir

Pour admettre l'intérêt pour agir des personnes morales, notamment des associations et des syndicats, la lésion des intérêts collectifs exprimés par l'objet social (à la date d'introduction de l'instance) doit être suffisante. Dès lors, l'appréciation de l'objet social est déterminante. Le juge administratif recherche une certaine précision dans la définition de cet objet social ou, à tout le moins, exige qu'il ne soit pas trop largement conçu.

L'intérêt à agir d'un requérant s'apprécie au regard de ses intérêts personnels et, pour une association, de son objet social. Le fait que les dispositions attaquées soient plus favorables que celles qui étaient antérieurement en vigueur ne suffit pas, en soi, à rendre le recours irrecevable (CE, 30 juillet 2014, *Association La Cimade c/ Ministère de l'intérieur*, n° 375430, Rec.). Il faut que l'intérêt du requérant soit suffisamment affecté par l'objet des dispositions contestées, c'est-à-dire que la lésion de ses intérêts soit *directe* (le préjudice invoqué est la conséquence directe de l'objet des dispositions attaquées) et *certaine* (l'objet de ces dispositions contestées doit avoir des effets sur le requérant). Par exemple, en matière de concours, un syndicat peut avoir intérêt pour demander l'annulation d'un arrêté ministériel fixant les conditions d'organisation d'un concours d'accès à la fonction publique (CE, 22 novembre 1999, *Syndicat national des personnels de recherche et établissements d'enseignement supérieur*, n° 206127, T.) et être irrecevable à contester les résultats de ce concours (CE, 13 octobre 2003, *Syndicat national des personnels de la recherche et des établissements d'enseignement supérieur-FO*, n° 238355, Inédit). Seules les personnes ayant fait acte de candidature (CE, 12 avril 1967, *Sieur Poncin*, n° 68290, T.) au concours ou à l'examen sont recevables à en contester les résultats, à condition toutefois d'avoir participé aux épreuves (CE, 21 novembre 1986, *Mme Nadine X...*, n° 62381, T.).

Enfin, le juge administratif a reconnu à certains « tiers » intérêt pour agir – alors même qu'ils n'ont ni la qualité d'agents, ni celle d'organisation syndicale ou d'association professionnelle – devant le juge de l'excès de pouvoir pour demander l'annulation de certains actes. Il s'agit des élus membres de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales, qui ont, par exemple, intérêt pour contester les contrats de recrutement d'agents contractuels par l'autorité territoriale concernée, dès lors que l'acte contesté paraît relever de la compétence de l'organe délibérant (CE, Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n° 149662, Rec. ; CE, 2 février 2015, *Commune d'Aix-en-Provence et M. G...*, n° 373520, Rec.).

Par exemple, la généralité des termes des statuts d'une association dont l'objet social consiste à « *veiller au respect des règles propres à la fonction publique en vue, notamment, d'assurer l'effectivité du principe d'égalité résultant de l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen* » ne lui permet pas de justifier de l'intérêt exigé pour avoir qualité à déférer au juge de l'excès de pouvoir la nomination d'un fonctionnaire et les mesures relatives à la



rémunération de ce dernier (CE, 13 mars 1998, *Association de défense des agents publics*, n° 173705, Rec.).

De même, un syndicat défendant les intérêts collectifs des magistrats judiciaires, dont l'objet est régi par les dispositions de l'article L. 2131-1 du code du travail applicables aux syndicats professionnels, ne saurait utilement se prévaloir des termes généraux de ses statuts relatifs à la « *défense des libertés et des principes démocratiques* » pour justifier d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation d'un acte administratif susceptible, selon lui, de porter atteinte aux libertés et principes démocratiques (CE, 27 mai 2015, *Syndicat de la magistrature*, n° 388705, Rec.).

En principe, une union de personnes morales n'a pas intérêt pour agir si l'une des personnes morales membres est la seule directement affectée. Il en va notamment ainsi pour les unions de syndicats, lorsque seul un des syndicats est concerné (CE, 14 mars 1924, *Union des associations professionnelles*, Rec.). Toutefois, cette jurisprudence a été assouplie en 2003, pour les cas où la décision attaquée a une importance particulière excédant le champ local. Ainsi, eu égard à la portée de la décision par laquelle le ministre a refusé la création, à l'Institut de France, d'un comité technique paritaire, le requérant, qui est une *union* de syndicats et dont l'objet est de défendre les intérêts collectifs des salariés appartenant au domaine des affaires culturelles, justifie, alors même qu'existe à l'Institut de France un syndicat membre de cette union, d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation de cette décision (CE, Ass., 12 décembre 2003, *Union des syndicats CGT des personnels des affaires culturelles*, n° 239507, Rec.).

En revanche, le juge administratif exige que, d'une part, la défense des intérêts professionnels des membres des

syndicats ou unions de syndicats qui la composent figure au nombre des missions de la *fédération* qui introduit le recours et, d'autre part, que la portée de l'acte attaqué concerne l'ensemble des membres des syndicats regroupés dans les syndicats ou unions qui la composent, à peine d'irrecevabilité pour défaut d'intérêt à agir (CE, 12 mars 2012, *Fédération CFTC des fonctionnaires et agents de l'État*, n° 347132, T.).

Lorsqu'un décret concerne plusieurs catégories d'agents et que le juge estime qu'il est divisible, un syndicat n'est recevable à contester le décret qu'en tant qu'il concerne la catégorie d'agents qu'il représente (CE, Ass., 11 juillet 1984, *Union des groupements de cadres supérieurs de la fonction publique et autre*, n° 54300, Rec.).

Lorsque l'acte est indivisible, l'intérêt pour agir contre une partie de cet acte emporte l'intérêt à le contester dans son entier. Ainsi, un *syndicat local* de fonctionnaires peut avoir intérêt à demander l'annulation totale d'un acte à portée nationale si ses intérêts locaux sont bien affectés par l'acte attaqué (CE, 27 octobre 2006, *Syndicat CFTC des personnels civils des établissements militaires de Clermont-Ferrand et Puy-de-Dôme*, n° 288151, T.). De même, lorsque des textes ne font aucune distinction entre différentes catégories d'agents auxquels ils s'appliquent et que, par conséquent, les intérêts catégoriels défendus par un groupement sont objectivement peu divisibles, le juge administratif peut admettre l'intérêt pour agir du groupement considéré (CE, 31 janvier 2007, *Union nationale de coordination des associations militaires et Association AC !*, n° 292828, T.). De façon générale, le juge administratif reconnaît davantage l'intérêt pour agir lorsque l'acte attaqué possède une portée générale et impersonnelle, puisque le groupement est réputé poursuivre la sauvegarde d'un intérêt collectif.

Intérêt pour agir et actes réglementaires

Comme l'a rappelé le Conseil d'État (CE, 23 juillet 2003, *Syndicat Sud Travail*, n° 251619, T.), les fonctionnaires et les associations ou syndicats qui défendent leurs intérêts collectifs n'ont pas qualité pour attaquer les dispositions se rapportant à l'organisation ou à l'exécution du service, sauf dans la mesure où ces dispositions porteraient atteinte à leurs droits et prérogatives ou affecteraient leurs conditions d'emploi et de travail. Les mesures qui affectent les conditions d'emploi et de travail doivent avoir des incidences suffisamment *directes et certaines*.

S'ils constituent des mesures *strictement* organisationnelles, les actes se rapportant à l'organisation ou à l'exécution du service, à sa mutabilité, ne donnent pas de prise à une contestation. En effet, ils ne touchent pas aux conditions d'emploi et de travail (CE, 27 avril 2011, *Syndicat national CGT des agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, n° 312368, T.). Par exemple, la fixation des horaires, absences et tâches à accomplir relève de l'organisation qui, en tant que telle, ne lèse aucune prérogative (CE, 25 juin 1975, *Sieurs X... et Y...*, n° 90273, T.) ou intérêt collectif (CE, 26 mai 1989, *Confédération*

nationale des groupes autonomes de l'enseignement public et Syndicat national des lycées et collèges, n° 71757, T.), de même qu'une instruction relative aux rapports avec les usagers (CE, 3 février 1995, *M. X...*, n° 119285, T.).

Plus largement, sont considérés comme irrecevables les recours contre des décisions qui organisent le travail des membres d'un corps ou cadre d'emplois (CE, Ass., 26 octobre 1956, *Association générale des administrateurs civils*, Rec.), réorganisent un service (CE, 21 février 1958, *Sieur X...t*, Rec.), fixent l'organisation et les attributions des services (CE, 17 juin 1977, *Syndicat national CFTC des affaires sociales*, T.), créent un service (CE, 30 janvier 1981, *Syndicat général des impôts FO*, n° 09224, T.) ou encore suppriment un service et organisent le transfert de ses attributions (CE, 11 octobre 1957, *Sieur X...*, T.). Toutefois, si l'acte conduit à exercer de nouvelles missions avec des partenaires privés, il modifie les conditions d'emploi et de travail et – partant – il peut être contesté devant le juge de l'excès de pouvoir (CE, 11 octobre 1985, *Syndicat général de la recherche agronomique CFDT et autres*, n° 28103, Rec.).



Intérêt pour agir et actes individuels

Les groupements de fonctionnaires ont vocation à préserver les intérêts collectifs (et non individuels) de leurs membres (CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*, n° 25521, Rec.). Logiquement, leur action contentieuse vise, le plus souvent, des mesures réglementaires. Toutefois, les syndicats peuvent agir contre certaines décisions individuelles lorsqu'elles lèsent de façon *suffisamment directe et certaine* les intérêts collectifs des membres du corps ou cadre d'emplois dont le syndicat assure la défense (CE, Sect., 18 janvier 2013, *Syndicat de la magistrature*, n° 354218, Rec.). Deux types d'actes individuels sont à distinguer, selon que la mesure soit favorable (positive) pour son destinataire, créant des droits à son profit, ou qu'elle soit défavorable (négative), n'affectant que les intérêts individuels de la personne concernée.

S'agissant des mesures individuelles négatives, les groupements sont, en principe, irrecevables à demander leur annulation en vertu du principe « *nul ne plaide par procureur* » (CE, 21 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et télégraphes*, Rec.). C'est uniquement le fonctionnaire concerné qui détient un intérêt pour attaquer une telle décision qui, par exemple, refuse de le nommer (CE, 17 juin 1987, *M. Jean X...*, n° 22932, Rec.). De même, une sanction disciplinaire ne peut être contestée que par le fonctionnaire visé et non par un autre agent dès lors qu'il s'agirait d'un « tiers » (CE, 17 mai 2006, *M. Marc B...*, n° 268938, Rec.) ou une organisation syndicale (CE, 22 décembre 1976, *Syndicat national CFTC des affaires sociales*, n° 99427, T.).

Toutefois, il existe deux tempéraments à l'impossibilité, pour une association professionnelle ou un syndicat, de demander l'annulation d'une décision individuelle négative. Il s'agit, d'une part, de la possibilité pour un tel groupement de se prévaloir d'un mandat spécial de l'agent concerné (CE, 28 décembre 1906, *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges*, n° 25521, Rec.) ; cela ne constitue d'ailleurs pas une véritable exception puisque le syndicat agit alors au nom de l'agent. D'autre part, le syndicat ou l'association peut également agir contre l'acte litigieux si les conclusions qu'il présente constituent une intervention à l'appui de la contestation individuelle formée par l'agent (CE, 21 mai 1953, *Chambre syndicale nationale des fabricants de spécia-*

lités chimiques destinées à l'horticulture, Rec.), l'intervention étant nécessaire même si l'agent visé par l'acte est membre élu du syndicat (CE, 23 juillet 2014, *Fédération des syndicats de fonctionnaires*, n° 362559, T.).

S'agissant des mesures individuelles positives, le juge administratif admet l'intérêt des groupements à demander leur annulation. Tel est le cas, par exemple, d'une nomination (CE, Sect., 12 juin 1959, *Syndicat chrétien du ministère de l'industrie et du commerce*, n° 40144, Rec. ; CE, 30 septembre 1991, *Syndicat national des architectes des bâtiments de France*, n° 37343, T.), d'une affectation (CE, Sect. 13 décembre 1991, *Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes*, n° 74153, Rec.), ou d'un avis de vacance de poste (CE, Sect., 8 mars 1991, *Syndicat indépendant du corps administratif supérieur de l'aviation civile et de la météorologie*, n° 82926, Rec.). De même, un syndicat a intérêt à demander l'annulation d'un acte individuel qui promet un fonctionnaire en créant un emploi sur lequel il est nommé (CE, 2 juin 2010, *Commune de Loos*, n° 309446, Rec.), même s'il n'est pas recevable à contester l'arrêté qui fixe les modalités de rémunération afférentes à l'occupation d'un emploi (CE, 2 juin 2010, *Centre communal d'action sociale de Loos*, n° 309445, Rec.).

Enfin, les fonctionnaires ont intérêt à demander l'annulation des nominations illégales faites au sein de leur administration, lorsqu'elles sont de nature à leur porter préjudice en retardant irrégulièrement leur avancement ou en leur donnant pour cet avancement des concurrents qui ne satisfont pas aux conditions exigées par les lois ou règlements (CE, 26 décembre 1925, *Sieur A...*, n° 88369, Rec.). Tout agent a donc intérêt à contester les nominations et promotions faites soit à son grade, soit aux grades supérieurs de son cadre, soit dans un cadre différent, concernant les agents susceptibles de se trouver en concurrence avec lui pour l'accès par voie d'avancement normal à des grades ou des emplois supérieurs (CE, 6 octobre 1995, *Commune de Sète et Syndicat intercommunal de traitement des eaux usées de Sète Frontignan Balaruc-les-Bains Balaruc-le-Vieux*, n° 121370, T.). En revanche, un fonctionnaire ne justifie pas d'un intérêt lui donnant qualité pour contester la notation d'un autre fonctionnaire (CE, 7 juillet 1995, *Mme Y...*, n° 119112, Rec.).

Actions collectives pouvant être exercées par un syndicat professionnel

La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a créé deux actions en justice permettant à un syndicat professionnel ou une association de défendre des agents publics, non pas dans leur intérêt collectif mais *individuel*.

D'une part, l'*action de groupe relative à une discrimination imputable à un employeur* (art. L. 77-11-1 du CJA) permet à une organisation syndicale de fonctionnaires représentative, à un syndicat représentatif de magistrats de l'ordre judiciaire ou à une association intervenant depuis au moins cinq ans en matière de handicap ou de discrimination d'agir devant le juge afin d'établir que plusieurs candidats à un emploi, à un stage ou à une période de formation ou plusieurs agents publics font l'objet d'une discrimination, directe ou indirecte, fondée sur un même motif et imputable à un même employeur. Cette action

permet d'obtenir la cessation du manquement et, le cas échéant, en cas de manquement, à la réparation des préjudices subis.

Lorsque le juge fait droit à une telle action, il définit les critères à satisfaire pour adhérer au groupe de personnes susceptibles de bénéficier d'une indemnisation, ainsi qu'un délai pour y adhérer. L'administration en cause est tenue d'assurer à ces informations une publicité adéquate. Les agents susceptibles d'adhérer au groupe peuvent alors adresser une demande de réparation à compter de la date à laquelle la décision de justice engageant la responsabilité de l'employeur est définitive.

D'autre part, l'*action en reconnaissance de droits* (art. L. 77-12-1 du CJA) permet à un syndicat professionnel



de déposer une requête tendant à la reconnaissance de droits individuels résultant de l'application de la loi ou du règlement en faveur d'un groupe indéterminé de personnes ayant le même intérêt, à la condition que l'objet statutaire du syndicat requérant comporte la défense dudit intérêt. Si cette action permet d'obtenir le paiement d'une somme d'argent légalement due ou la décharge d'une somme d'argent illégalement réclamée, elle ne peut, en revanche, tendre à la reconnaissance d'un préjudice.

Lorsque le juge fait droit à une telle action, il définit les conditions de droit et de fait à remplir pour pouvoir invoquer devant l'administration compétente le bénéfice du jugement. Les agents publics peuvent s'en prévaloir directement contre celle-ci lorsque ledit jugement est devenu définitif.

Les décisions de justice sur le fondement de ces deux actions collectives sont publiées sur le site du Conseil d'État⁶.

6 <https://www.conseil-etat.fr/ressources/actions-collectives>.



FICHE N° 91 :

Les délais de recours contentieux

CE, Ass., 13 juillet 2016, M. Czabaj, n° 387763, Rec.



L'essentiel

Un recours contre une décision administrative en matière de fonction publique, qu'il s'agisse d'une décision réglementaire organisant les corps ou les services ou d'une décision individuelle relative à la carrière ou à la situation du fonctionnaire, doit, en principe, être exercé dans un délai franc de deux mois à compter de sa publication ou de sa notification. Lorsque la décision doit être notifiée au fonctionnaire (ce qui est notamment le cas des décisions individuelles), la notification doit comporter la mention de ce délai et le fait qu'il faut saisir la juridiction administrative en cas de recours, faute de quoi le délai de deux mois n'est pas opposable. Même lorsque ce délai n'est pas, pour certaines raisons, opposable au requérant, aucun recours ne peut plus être exercé au-delà d'un délai raisonnable qui est, en principe, d'une année à compter de la date laquelle il est établi que le requérant a eu connaissance de la décision qu'il attaque.



Les mots du juge

« Considérant qu'aux termes de l'article R. 104 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, en vigueur à la date de la décision contestée devant le juge du fond et dont les dispositions sont désormais reprises à l'article R. 421-5 du code de justice administrative : "Les délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision" ; qu'il résulte de ces dispositions que cette notification doit, s'agissant des voies de recours, mentionner, le cas échéant, l'existence d'un recours administratif préalable obligatoire ainsi que l'autorité devant laquelle il doit être porté ou, dans l'hypothèse d'un recours contentieux direct, indiquer si celui-ci doit être formé auprès de la juridiction administrative de droit commun ou devant une juridiction spécialisée et, dans ce dernier cas, préciser laquelle ;

Considérant toutefois que le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire, ou dont il est établi, à défaut d'une telle notification, que celui-ci a eu connaissance ; qu'en une telle hypothèse, si le non-respect de l'obligation d'informer l'intéressé sur les voies et les délais de recours, ou l'absence de preuve qu'une telle information a bien été fournie, ne permet pas que lui soient opposés les délais de recours fixés par le code de justice administrative, le destinataire de la décision ne peut exercer de recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable ; qu'en règle générale et sauf circonstances particulières dont se prévaudrait le requérant, ce délai ne saurait, sous réserve de l'exercice de recours administratifs pour lesquels les textes prévoient des délais particuliers, excéder un an à compter de la date à laquelle une décision expresse lui a été notifiée ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance »

(CE, Ass., 13 juillet 2016, M. Czabaj, n° 387763, Rec.)





Commentaire

L'institution d'un délai de recours de deux mois contre les décisions administratives en matière de fonction publique

Toutes les décisions administratives doivent respecter l'ensemble des règles qui leur sont applicables. Les recours, notamment le recours pour excès de pouvoir, permettent aux personnes qui y ont un intérêt suffisant de faire sanctionner une éventuelle illégalité. Cependant, il est également nécessaire que les décisions ne puissent pas indéfiniment être remises en cause lorsqu'une illégalité a été commise. Cet impératif de sécurité juridique a conduit à instituer un délai de recours pour contester les décisions administratives qui est, en principe, de deux mois. S'agissant des décisions individuelles, l'administration dispose, elle, de quatre mois pour revenir sur une décision créatrice de droit si elle est illégale (cf. la fiche n° 14 « Le retrait et l'abrogation d'un acte de gestion »). Ainsi, au bout de quelques mois, en l'absence de recours ou de modification par l'administration, une décision administrative individuelle créatrice de droits devient, en principe, définitive. Elle ne peut plus être remise en cause, au moins pour le passé.

Il en va de même en matière de fonction publique où s'appliquent les règles de droit commun. Les règlements administratifs qui organisent la fonction publique (décrets statutaires, autres décrets, arrêtés, etc.) comme les décisions de gestion individuelles ne peuvent être attaqués que dans un délai de deux mois.

Point de départ et décompte du délai de recours

Le point de départ dépend de la forme de publicité dont la décision doit faire l'objet :

- s'il s'agit d'un acte réglementaire, il doit être publié et cette publication, si elle est suffisante, fait courir le délai de recours (à propos des circulaires publiées sur un support dématérialisé du bulletin officiel d'un ministère dont elle émane : CE, 20 mars 2019, n° 401774, T.) ;
- s'il s'agit d'un acte individuel, il doit en principe être notifié à l'intéressé. La date de la notification fait courir le délai de recours à l'égard de celui-ci. La notification peut s'effectuer par voie postale, en recommandé avec avis de réception, par voie électronique ou par remise en main propre (notification par voie hiérarchique). Il est important de pouvoir conserver une preuve de la notification. C'est la date à laquelle le courrier ou le document électronique est effectivement parvenu au destinataire qui constitue la date de la notification. En

Dans certain cas, le délai de recours se combine avec le délai de prescription du droit auquel peut prétendre le fonctionnaire. Il en va notamment ainsi pour les créances qu'un fonctionnaire peut détenir sur l'administration. Si, au bout d'un certain délai, en principe quatre ans en application de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968, le fonctionnaire n'a pas demandé le paiement de sa créance, celle-ci est prescrite. Autrement dit, le fonctionnaire ne pourra plus obtenir du juge qu'il condamne l'administration au paiement de cette créance. Si le fonctionnaire demande à l'administration le paiement avant expiration du délai de prescription et que l'administration le lui refuse, il doit attaquer cette décision de refus devant le juge administratif dans le délai de droit commun de deux mois. S'il ne le fait pas, il est regardé comme ayant accepté ce refus et perd de ce fait la possibilité d'agir devant le juge pour faire condamner l'État à lui payer sa créance. Il n'est pas possible de demander une nouvelle fois le paiement de la créance à l'administration pour ensuite attaquer un nouveau refus, car il sera regardé comme confirmatif du premier (CE, Sect., 13 juin 1958, *Dame veuve Polin*, Rec. ; CE, 7 juin 2004, *Assistance publique à Marseille*, n° 252869, T. ; pour un cas particulier où le juge regarde le second refus comme non confirmatif en raison d'une différence de cause juridique entre les deux demandes, CE, 10 août 2005, *M. André X... c/ Centre hospitalier de Montbéliard*, n° 266027, T.). Ce système est particulièrement protecteur des administrations.

revanche, lorsque le destinataire refuse d'aller retirer le pli au bureau de poste ou de recevoir le document qui lui est remis en main propre, c'est la date de première présentation par le facteur ou de la tentative de remise qui fait courir le délai de recours (CE, 21 juillet 1970, *Dame X...*, n° 78887, Rec.).

Par exception aux règles de droit commun sur la computation des délais, le délai de recours contentieux – comme l'ensemble des délais de recours devant les juridictions administratives – est un *délai franc* : n'est pris en compte ni le premier jour à partir duquel s'enclenche le délai (*dies a quo*), ni le jour à la fin duquel il expire (*dies ad quem*). Cela signifie, par exemple, que si la publication ou la notification a lieu un 15 août, le délai de recours contentieux expirera non le 15 octobre, mais le 16 octobre à minuit. Si ce jour est un samedi, un dimanche ou un jour férié, le délai de recours est repoussé jusqu'au premier jour ouvrable à minuit

Prorogation du délai de recours par l'exercice d'un recours administratif

Lorsque le requérant exerce d'abord un recours administratif, à l'intérieur du délai de recours de deux mois, c'est-à-dire demande à l'administration de revoir sa position avant de saisir le juge, ce recours administratif interrompt le délai de recours. L'administration dispose alors en principe d'un délai de deux mois pour répondre, à l'issue duquel

son silence signifie qu'elle refuse. A compter de ce refus explicite ou implicite, le requérant dispose à nouveau d'un délai de deux mois pour contester la décision initiale. L'exercice d'un tel recours administratif est parfois un préalable obligatoire à la saisine juge : s'il n'est pas exercé, le recours juridictionnel sera déclaré irrecevable.



En principe, les administrés ont toujours la faculté de porter, préalablement à toute saisine du juge, leur réclamation contre une décision administrative devant son auteur (recours gracieux) ou devant le supérieur hiérarchique de celui-ci (recours hiérarchique), c'est-à-dire d'exercer un recours invitant l'administration à revoir sa position (CE, Sect., 23 mars 1945, *Sieur Vinciguerra*, Rec.). Cette faculté a été consacrée comme un principe général du droit (CE, Sect., 30 juin 1950, *Sieur Quéralt*, Rec.) et est, désormais, garantie par la loi (art. L. 411-2 du CRPA).

Lorsqu'un recours administratif est exercé dans le délai de recours contentieux, il a pour effet de *proroger* ce délai (CE, Sect., 10 juillet 1964, *Centre médico-pédagogique de Beaulieu*, Rec. ; CE, 19 septembre 2014, *Société Ortec Méca*, n° 362568, T.). Cela signifie que celui-ci est interrompu et qu'il recommence à courir, pour une nouvelle période de deux mois à compter de la date à laquelle l'administration a rejeté le recours administratif : soit qu'elle notifie à l'intéressé une décision explicite de rejet ; soit que son silence gardé pendant deux mois fasse naître une décision implicite de rejet⁷. Ce délai, comme tous les délais administratifs, est *non franc* : pour un recours administratif présenté le 15 août, une décision implicite de rejet est réputée être née le 15 octobre si, avant cette date, l'administration n'a pris aucune décision explicite. Si l'intéressé est toujours en désaccord avec la position de l'administration, il lui appartient de contester devant le juge, dans le nouveau délai de recours contentieux ouvert par la notification de la décision prise sur l'exercice du recours administratif, la décision initiale et s'il dirige, à tort, ses conclusions contre la seconde de ces deux décisions, le juge est tenu de les regarder comme étant dirigées contre la première (CE, 7 mars 2018, *Mme Bloch*, n° 404079, Rec.).

Il convient d'ajouter trois observations complémentaires.

Exercice d'un recours administratif obligatoire ou d'une médiation préalable obligatoire

Si, en principe, l'exercice d'un recours administratif est facultatif, cette formalité constitue un préalable obligatoire à l'exercice d'un recours contentieux pour certains types de litiges. On parle alors de « recours administratif préalable obligatoire » RAPO). L'exercice tardif d'un tel recours prive l'intéressé de tout recours juridictionnel contre la décision pour laquelle un recours administratif préalable obligatoire a été institué.

L'exercice d'un recours contentieux prématuré est rejeté comme irrecevable, y compris lorsque que le recours préalable a été introduit postérieurement à la saisine du juge en vue de régulariser cette omission (CE, 22 novembre 2006, *Association squash rouennaise*, n° 289839, T.). L'irrecevabilité est également opposée lorsque l'administration a omis, en notifiant la décision initiale à son destinataire, de faire mention de cette formalité. Afin que l'intéressé ne soit

En premier lieu, l'exercice d'un second recours administratif à la suite du rejet d'un premier n'a pas pour effet de proroger le délai de recours contentieux une nouvelle fois. Celui-ci recommence donc à courir à compter du rejet du premier recours administratif sans que l'exercice éventuel d'un second recours administratif n'ait d'incidence sur ce délai (CE, 27 février 1935, *Sieur Séguéla et autres*, Rec.). En revanche, lorsque, dans le délai *initial* de recours contentieux, sont exercés consécutivement un recours gracieux et un recours hiérarchique, ledit délai est prorogé et ne recommence à courir à l'égard de la décision initiale que lorsqu'ils ont été l'un et l'autre rejetés (CE, 7 octobre 2009, *M. Ouahriou*, n° 322581, Rec. ; repris au 2^e al. de l'article L. 411-2 du CRPA).

En deuxième lieu, le délai de recours contentieux est, en toutes circonstances, prorogé lorsque, après avoir provoqué la naissance d'une décision implicite de rejet du fait de son silence gardé pendant deux mois, l'administration notifie à l'intéressé une décision expresse de rejet avant que n'expire le délai de recours contentieux (CE, Sect., 1^{er} mars 1996, *M. Habbib*, n° 117453, Rec. ; art. 1^{er} du décret n° 65-29 du 11 janvier 1965 et 1^{er} al. de l'article R. 421-1 du CJA).

En troisième et dernier lieu, le délai de recours contentieux est prorogé lorsque l'intéressé demande à l'administration de lui communiquer les motifs dont est assortie la décision implicite de rejet à la condition, toutefois, que l'administration soit tenue, en vertu de l'article L. 411-5 du CRPA, de rejeter le recours administratif par une décision motivée. Dans ce cas, le délai de recours contentieux contre la décision initiale est prorogé jusqu'à l'expiration de deux mois suivant le jour où les motifs lui ont été communiqués (art. L. 232-4 du CRPA).

pas privé du droit à un recours à raison d'une omission imputable à l'administration, il ne peut néanmoins se voir opposer le délai fixé pour exercer le recours administratif préalable obligatoire (CE, 1^{er} avril 1992, *M. Abit*, n° 88068, Rec.). La seule obligation qui lui incombe est alors d'agir dans un délai raisonnable, c'est-à-dire dans un délai en principe inférieur à un an à compter de la date à laquelle il a eu connaissance de la décision initiale, sauf circonstances particulières (CE, Sect., 31 mars 2017, *Ministre des finances c/ M. Amar*, n° 389842, Rec.).

A l'inverse de ce qui prévaut en cas de recours administratif facultatif, l'institution d'un recours administratif préalable obligatoire a pour effet de laisser à l'autorité compétente pour en connaître le soin d'arrêter définitivement la position de l'administration. Il s'ensuit que la décision prise à la suite du recours se substitue entièrement et nécessaire-

⁷ En principe, une décision implicite de rejet ne fait courir le délai de recours contentieux à l'égard de son destinataire que si l'administration lui a remis, lors du dépôt de sa demande, un accusé de réception indiquant les conditions dans lesquelles une décision implicite de rejet est susceptible de naître et le délai ouvert pour la contester devant le juge (art. L. 112-3, L. 112-6 et R. 112-5 du CRPA). Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas aux relations entre l'administration et ses agents (art. L. 112-2 du CRPA), de sorte que ceux-ci sont soumis aux dispositions de l'article R. 421-2 du CJA aux termes desquelles : « (...) Dans les cas où le silence gardé par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet, l'intéressé dispose, pour former un recours, d'un délai de deux mois à compter de la date à laquelle est née une décision implicite de rejet. (...) ». En outre, le principe suivant lequel le silence gardé par l'administration pendant deux mois vaut acceptation (art. L. 231-1 du CRPA) ne joue pas non plus dans les relations entre l'administration et ses agents (5^e, art. L. 231-4 du CRPA) : le silence gardé par l'administration pendant deux mois suivant la date à laquelle elle a été saisie d'un recours administratif vaut décision de rejet.



ment à la décision initiale et qu'elle est seule susceptible d'être déférée au juge (CE, Sect., 18 novembre 2005, *M. Houlbrecque*, n° 270075, Rec.). Dans le souci d'aider le requérant non averti qui aurait dirigé ses conclusions contre la décision initiale, le juge les requalifie d'office en les regardant comme étant dirigées contre la décision née de l'exercice du recours (CE, 19 décembre 2008, *Mme Praly*, n° 297187, Rec.).

L'existence d'un recours administratif préalable obligatoire n'apparaît pas toujours clairement des textes les instituant : la jurisprudence découvre parfois des RAPO découlant de textes ambigus. En principe, les textes récents indiquent sans ambiguïté, lorsqu'une commission administrative est instituée pour examiner des recours administratifs, si sa saisine constitue ou non un préalable obligatoire à l'introduction d'un recours contentieux.

En matière de fonction publique, un recours administratif préalable obligatoire s'impose notamment dans trois hypothèses :

- pour les *décisions relatives à la situation personnelle des militaires* (à l'exception de celles qui sont relatives au recrutement et à l'exercice du pouvoir disciplinaire) : sous un délai de deux mois, le recours doit être porté devant une commission des recours qui dispose de quatre mois pour statuer⁸, étant précisé que le délai de recours contentieux

ne recommence à courir à l'égard de la décision prise sur l'exercice du recours que si cette décision est expresse et régulièrement notifiée à l'intéressé (CE, 22 mai 2019, *Ministre des armées*, n° 423273, T.) ;

- pour les *décisions relatives au droit à une pension militaire d'invalidité* : sous un délai de six mois, le recours doit être porté devant la commission de recours de l'invalidité qui dispose de quatre mois pour statuer⁹ ;

- pour la *contestation de la validité des opérations électorales des comités techniques*¹⁰ (CE, 29 avril 1988, *Commune de Talence*, n° 82254, T. ; CE, 20 juillet 1988, *Syndicat Interco CFDT des personnels de préfecture et du département du Pas-de-Calais*, n° 82528, T.) et des *commissions administratives paritaires*¹¹ (CE, 10 juin 1988, *Fédération nationale CGT de l'équipement*, n° 78383, T.) ;

Par ailleurs, les agents publics sont soumis aux recours administratifs préalables obligatoires institués dans des matières non-spécifiques à la fonction publique, tel par exemple le contentieux du recouvrement. Ainsi, la contestation d'un titre de perception doit être précédée d'un tel recours exercé auprès du comptable public chargé de son recouvrement (art. 118 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique¹²).

L'inopposabilité du délai de recours et ses limites

Le délai de recours est bref : en deux mois, il faut expérimenter la légalité de la décision en cause, décider ou non d'exercer un recours et l'introduire. Pour les décisions qui doivent faire l'objet d'une notification individuelle, l'opposabilité du délai de recours est subordonnée, depuis 1983¹³, à l'indication dans la lettre de notification de la durée du délai de recours et du type de juridiction à saisir (art. R. 421-5 du CJA). Autrement dit, si celui à qui l'administration notifie la décision n'est pas informé qu'il dispose d'un bref délai pour saisir la juridiction administrative, ce délai ne lui est pas opposable. Cela signifie qu'il peut saisir le juge sans que sa requête puisse être rejetée comme irrecevable au motif qu'il aurait agi après l'expiration du délai de recours contentieux. L'inopposabilité de ce délai vaut, *a fortiori*, lorsque la décision n'est pas notifiée à son destinataire.

L'inopposabilité des délais de recours peut également résulter de ce que les mentions de la lettre de notification ou d'autres informations données par l'administration ont induit le requérant en erreur (CE, 10 mai 2017, *M. Murviel*, n° 396279, T. ; CE, 4 décembre 2009, *Ministre de l'immigration c/ M. Hammou*, n° 3241284, T. ; CE, Avis,

16 octobre 2017, *M. Akanbi*, n° 411169, T. ; CE, 17 juin 2019, *M. Barache*, n° 413797, T.).

Il faut relever que, pour les agents publics, la règle selon laquelle toute demande fait l'objet d'un accusé de réception régi par les articles L. 112-3 sq du code des relations entre le public et l'administration ne s'applique pas (art. L. 112-1 du CRPA). Dès lors, ne s'applique pas non plus la règle selon laquelle le délai de recours contre une décision implicite n'est opposable que si le demandeur a reçu un accusé de réception lui expliquant les conditions de naissance d'une telle décision et son délai de recours.

Les textes n'ont organisé aucune limite à cette inopposabilité du délai de recours lorsque la notification ne comporte pas les mentions régulières : il était donc, dans ce cas, possible de contester indéfiniment une décision administrative, parfois des dizaines d'années plus tard. En outre, les administrations sont souvent en peine, des années plus tard, de produire à nouveau la lettre de notification et son accusé de réception permettant d'établir que le délai de recours était opposable. Pour éviter des effets d'aubaine et des atteintes excessives à

8 Art. L. 4125-1 et R. 4125-1 et s. du code de la défense.

9 Art. L. 711-2 et R. 711-1 et s. du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre. Ces dispositions, qui ont été introduites par la loi n° 2018-607 du 13 juillet 2018 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et le décret n° 2018-1292 du 28 décembre 2018, entrent en vigueur le 1^{er} novembre 2019.

10 Pour la fonction publique d'État : art. 30 du décret n° 2011-184 du 15 février 2011 ; pour la fonction publique territoriale : art. 21 du décret n° 85-565 du 30 mai 1985 ; pour la fonction publique hospitalière : art. R. 6144-66 du code de la santé publique.

11 Pour la fonction publique d'État : art. 24 du décret n° 82-451 du 28 mai 1982 ; pour la fonction publique territoriale : art. 25 du décret n° 89-229 du 17 avril 1989 ; pour la fonction publique hospitalière : art. 42 du décret n° 2003-655 du 18 juillet 2003.

12 Sur l'articulation, pour les militaires, entre le recours administratif préalable obligatoire devant être exercé devant la Commission des recours et celui devant le comptable public : CE, avis, 25 juin 2018, *M. Gallet*, n° 419227, Rec.).

13 Décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers, désormais abrogé.



la sécurité juridique, le Conseil d'Etat a donc estimé que, lorsque le délai de recours n'est pas opposable, le recours doit tout de même être exercé dans un « délai raisonnable » (CE, Ass., 13 juillet 2016, *M. Czabaj*, n° 387763, Rec ; CE, 18 mars 2019, *M. Nguegoh*, n° 417270, Rec.). Pour donner un point de repère sur ce qu'il estime raisonnable, il a décidé que lorsque le délai de recours est de deux mois, on peut estimer qu'une année à compter du moment où il est établi qu'une personne a eu connaissance d'une décision (parce qu'elle lui a été notifiée sans mention des voies et délai de recours ou parce qu'on la lui applique et qu'il en connaît donc les effets) est un « *délai raisonnable* » pour s'interroger sur l'opportunité d'un recours et son introduction. Au-delà d'un an, l'exercice du recours devient, en principe, déraisonnable et le juge le déclare d'office irrecevable. Le juge ne sanctionnant ainsi que le caractère « *déraisonnable* » d'un recours trop tardif, il peut, au cas par cas, admettre la recevabilité de recours au-delà d'un an en fonction des circonstances de l'espèce.

Le Conseil d'État a étendu cette exigence :

- aux recours administratifs préalables obligatoires qui, lorsque l'administration a omis d'indiquer au requérant cette formalité en lui notifiant la décision individuelle initiale, doit être exercé dans un délai raisonnable à compter de la date à laquelle il est établi que celui-ci

en a eu connaissance (CE, Sect., 31 mars 2017, *Ministre des finances c/ M. Amar*, n° 389842, Rec.) ;

- aux décisions expresses dont l'objet est purement pécuniaire, au sujet desquelles l'expiration du délai ouvert pour exercer un recours en annulation fait obstacle à ce que soient présentées des conclusions indemnitaires ayant la même portée (CE, 9 mars 2018, *Communauté de communes du pays roussillonnais*, n° 405355, T.) ;

- aux décisions implicites de rejet lorsqu'il est établi que l'intéressé en a eu connaissance (CE, 18 mars 2019, *M. Nguegoh*, n° 417270, Rec.).

En revanche, cette règle ne trouve pas à s'appliquer aux recours tendant à la mise en jeu de la responsabilité d'une personne publique qui, s'ils doivent être précédés d'une réclamation auprès de l'administration, ne tendent pas à l'annulation ou à la réformation de la décision rejetant tout ou partie de cette réclamation mais à la condamnation de la personne publique à réparer les préjudices qui lui sont imputés. En effet, la sécurité juridique est déjà prise en compte par le jeu de règles de prescriptions qui, à défaut de texte spécial, est fixée par la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 qui pose le principe d'une prescription quadriennale pour les créances détenues contre les personnes publiques (CE, 17 juin 2019, *Centre hospitalier de Vichy*, n° 413097, Rec.).



FICHE N° 92 :

La nature du contentieux et les conséquences procédurales

CE, Sect., 9 décembre 2011, M. A...B..., n° 337255, Rec.



L'essentiel

Le contentieux administratif est divisé entre le contentieux d'excès de pouvoir, qui est dispensé d'avocat mais pour lequel le juge dispose simplement du pouvoir d'annuler une décision, en assortissant le cas échéant l'annulation d'une injonction d'en tirer les conséquences nécessaires, et le plein contentieux pour lequel un avocat est nécessaire mais dans lequel le juge dispose de pouvoirs plus étendus (condamnation au versement d'une somme d'argent, condamnation à une obligation de faire, réformation des décisions administratives...). Le contentieux de la fonction publique relève presque entièrement de l'excès de pouvoir.



Les mots du juge

« Considérant que lorsque sont présentées dans la même instance des conclusions tendant à l'annulation pour excès de pouvoir d'une décision et des conclusions relevant du plein contentieux tendant au versement d'une indemnité pour réparation du préjudice causé par l'illégalité fautive que le requérant estime constituée par cette même décision, cette circonstance n'a pas pour effet de donner à l'ensemble des conclusions le caractère d'une demande de plein contentieux ; (...)

Considérant que l'exécution de la présente [annulation pour excès de pouvoir d'une décision retirant une prime] implique que M. Marcou soit (...) rétabli dans ses droits à percevoir la prime (...); qu'il y a donc lieu d'enjoindre à [l'administration], sur le fondement de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, de verser la somme de 609,58 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter de la réception par ses services du recours gracieux formé par M. A...B... dans le délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision »

(CE, Sect., 9 décembre 2011, M. A...B...du, n° 337255, Rec.).



Commentaire

Le contentieux administratif est divisé en contentieux de l'annulation (ou excès de pouvoir) et plein contentieux

En contentieux de la fonction publique, comme presque toujours en contentieux administratif, le recours doit être dirigé contre une décision de l'administration (un reclassement jugé trop faible, un refus d'attribuer une prime, une sanction disciplinaire, etc.). Lorsque cette décision n'existe pas, l'agent doit d'abord s'adresser à l'administration pour solliciter ce à quoi il prétend avoir droit et, ce n'est que si elle refuse, qu'il est ensuite possible d'attaquer ce refus (art. R. 421-1 du CJA, cf. *infra*).

L'office et les pouvoirs du juge administratif dépendent de la nature du litige qui lui est soumis. Le contentieux administratif peut être réparti en deux grandes catégories :

- d'une part, le *contentieux de l'annulation* (ou *contentieux de l'excès de pouvoir*) : si le juge estime que la décision attaquée est entachée d'illégalité, il l'annule. Le juge n'ayant pas le pouvoir de la modifier ou de la remplacer par une autre, le requérant est obligé, s'il souhaite l'édiction d'une décision administrative à son avantage, de retourner devant l'administration pour qu'elle prenne une nouvelle décision, légale cette fois. Lorsque la décision est annulée, elle disparaît rétroactivement de l'ordonnement juridique et est censée n'avoir jamais existé. Cette limitation des pouvoirs du juge respecte le pouvoir de choix et d'appréciation de l'administration : le juge ne se substitue pas à elle ;



- d'autre part, le *contentieux de pleine juridiction* ou *plein contentieux*. Cette catégorie regroupe en réalité tous les litiges où, en vertu des textes ou du fait de la nature même du litige, le juge peut aller au-delà de l'annulation, notamment lorsqu'il peut accorder lui-même au requérant l'avantage qu'il sollicite, par exemple en réformant la décision de l'administration, en la condamnant à verser une certaine somme ou à une obligation de faire.

Outre ses conséquences sur les pouvoirs du juge, la qualification d'une requête en contentieux de l'excès de pouvoir ou en plein contentieux a une conséquence procédurale

importante. En matière de plein contentieux, le ministère d'avocat est, en principe, obligatoire.

Il arrive qu'une requête contienne à la fois des demandes (*conclusions*) qui se rattachent au contentieux de l'excès de pouvoir et des demandes de plein contentieux. Dans un tel cas, chaque conclusion suit son propre régime procédural (CE, Section, 9 décembre 2011, *M. A...B...*, n° 337255, Rec.). Si le requérant n'a pas constitué avocat, seules ses conclusions de plein contentieux seront déclarées irrecevables et le juge se prononcera sur les conclusions d'excès de pouvoir.

Le contentieux de la fonction publique relève principalement du contentieux de l'excès de pouvoir

En principe, le recours contre une décision administrative en matière de fonction publique relève du contentieux de l'excès de pouvoir. Il en va ainsi du contentieux des concours, des actes de promotion et de classement, des affectations, des détachements et des autres actes relatifs aux positions et aux affectations du fonctionnaire, des actes relatifs à la cessation de fonction, etc.

Le contentieux des sanctions disciplinaires infligées aux agents publics relève encore du contentieux de l'excès de pouvoir (CE, Ass., 13 novembre 2013, *M. A...B...*, n° 347704, Rec.), bien qu'une grande partie du contentieux des sanctions relève désormais du plein contentieux (CE, Ass., 16 février 2009, *Société ATOM*, n° 274000, Rec.).

Ne relèvent du plein contentieux que :

- les litiges pour lesquels un texte prévoit un recours dans lequel le juge dispose de pouvoir plus étendus, tel le recours en révision de pension ;
- les litiges où le requérant réclame le paiement d'une créance, c'est-à-dire :
 - o lorsqu'est mis en cause la responsabilité de l'administration et que le requérant demande la réparation de son préjudice ; le juge peut alors directement condamner l'administration à s'acquitter de cette réparation ;
 - o lorsque le requérant demande le versement d'une somme d'argent à laquelle il a droit ; il s'agit notamment du versement du traitement ou des primes attachés à une affectation et au service fait. Le juge peut alors directement condamner l'administration à verser la somme due.

En contentieux indemnitaire, le justiciable ne peut saisir le juge avant d'avoir lié le contentieux. Cela signifie qu'il doit

préalablement adresser à l'administration une demande lui présentant ses prétentions afin que celle-ci soit à même d'arrêter une position, fût-elle implicite (dans les relations avec ses agents, le silence de l'administration équivaut nécessairement à un silence¹⁴). Cette obligation est de nature à prévenir un litige (en mettant l'administration à même de satisfaire l'auteur de la demande) autant qu'à clarifier un litige à venir (en précisant les prétentions autour desquelles le contentieux se cristallise entre les parties). Ainsi, aux termes de l'article R. 421-1 du CJA : « *Lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle* ». Le juge peut relever d'office cette cause d'irrecevabilité. Néanmoins, cette condition est regardée comme remplie si, à la date à laquelle le juge statue, l'administration a pris une décision, expresse ou implicite, sur une demande formée devant elle, le fût-elle postérieurement à la saisine du juge. L'intervention d'une telle décision en cours d'instance permet donc de régulariser la requête (CE, Sect., avis, 27 mars 2019, *Consorts Rollet*, n° 426472, Rec.).

Le contentieux des agents contractuels de droit public fait l'objet d'un traitement particulier. Le recours contre un refus de conclure un contrat ou de le renouveler relève du contentieux de l'excès de pouvoir. Par exception aux principes du contentieux contractuel, les tiers sont également susceptibles de former un recours pour excès de pouvoir contre un contrat engageant un agent (cf. la fiche n° 85 « Le recours des tiers contre les contrats de recrutement d'agents publics »). En revanche, si cet agent estime ensuite que le contrat n'est pas respecté et saisit le juge, sa demande relèvera du contentieux contractuel, qui est une forme particulière de plein contentieux dans lequel le juge dispose de pouvoirs étendus.

Le juge de l'excès de pouvoir dispose aujourd'hui d'outils complémentaires à l'annulation permettant de vider davantage un litige

Pour assurer l'effectivité de ses décisions, le juge de l'excès de pouvoir a été doté, par la loi n° 95-125 du 8 février 1995, d'un pouvoir d'injonction à l'encontre de l'administration. Lorsque l'annulation implique que celle-ci réexamine la situation et reprenne une décision, le juge peut lui ordonner de la prendre dans un certain délai (art. L. 911-2 du CJA). Plus encore, lorsque les motifs de l'annulation impliquent nécessairement que l'administration prenne une mesure

d'exécution particulière, le juge peut lui ordonner de l'édicté dans le délai qu'il fixe (art. L. 911-1 du CJA). Ces injonctions peuvent être assorties d'une astreinte (art. L. 911-3 du CJA).

Depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, le juge peut employer ces prérogatives *d'office*, c'est-à-dire sans nécessairement y être invité par des conclusions présentées



¹⁴ 5°, article L. 231-4 du code des relations entre le public et l'administration.

en ce sens par le requérant. Il n'en demeure pas moins que la présentation, par celui-ci, de conclusions à fin d'injonction n'est pas sans incidence puisque le juge est désormais tenu d'examiner prioritairement les moyens qui seraient, s'ils sont fondés, de nature à justifier le prononcé de l'injonction demandée (CE, Sect., 21 décembre 2018, *Société Eden*, n° 409678, Rec.).

Par ailleurs, le juge de l'excès de pouvoir se reconnaît aussi la faculté de moduler l'effet de ses décisions dans le temps (CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, n° 255886, Rec.), soit pour prévoir qu'une annulation rétroactive ne produira ses effets que plusieurs mois

après, soit même pour consolider certains des effets passés de la décision. Ainsi, si une annulation rétroactive immédiate « est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets », le juge peut moduler les effets de l'annulation d'un acte réglementaire ou d'une nomination (CE, 21 décembre 2006, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilées*, n° 287812, Rec. ; CE, 12 décembre 2007, *M. Jean-Louis B...*, n° 296072, Rec.).

La jurisprudence « Sieur Lafage »

En principe, le requérant n'a pas le choix entre introduire un recours en excès de pouvoir ou un recours de plein contentieux, la nature de son recours dépendant du contenu de ses conclusions.

Ainsi, lorsqu'un agent demande à l'administration le versement d'une somme à laquelle il estime avoir droit ou d'une indemnité tendant à réparer un préjudice, il doit en principe introduire une demande qui tend à cette condamnation pécuniaire. Cette demande relève du plein contentieux et doit être introduite par un avocat, occasionnant des frais qui sont parfois supérieurs aux sommes en jeu. En 1912, le Conseil d'État a donc libéralement fait une entorse au principe, en admettant que l'on puisse introduire un recours en excès de pouvoir contre une décision refusant une somme d'argent (CE, 8 mars 1912, *Sieur Lafage*, n° 42612, Rec.). L'objet d'un tel recours n'est en réalité pas différent, en substance, d'une demande tendant à ce que l'administration soit condamnée à verser cette somme de sorte que, en application du principe rappelé ci-dessus, il devrait donc être irrecevable. Le juge administratif en admet néanmoins la recevabilité tout en se contentant, le cas échéant, d'annuler la décision sans condamner l'administration au paiement des sommes réclamées. Toutefois, s'il se trouve (ce qui n'est pas toujours le cas) que les motifs de l'annulation impliquent nécessairement que la somme est due, le juge de l'excès de pouvoir pourra alors

enjoindre à l'administration de procéder au versement des sommes au titre de l'exécution de son annulation (art. L. 911-1 du CJA) : l'effet sera alors, en pratique, le même que celui d'un recours de plein contentieux. Dans un tel cas, le juge peut également ordonner le versement des intérêts qui est de droit et résulte donc nécessairement des mêmes motifs (CE, Sect., 9 décembre 2011, *M. A...B...*, n° 337255, Rec.).

Il est donc possible, dans ce cas particulier, de transformer du plein contentieux en excès de pouvoir. L'inverse n'est pas vrai : lorsque l'administration prend une décision administrative défavorable à objet purement pécuniaire (un titre exécutoire réclamant une somme d'argent, ou une décision attribuant à l'agent une somme qu'il juge insuffisante), elle doit être attaquée en tant que décision administrative, par la voie du recours pour excès de pouvoir. Il n'est pas possible de former une demande indemnitaire demandant le remboursement de la somme réclamée ou un complément à la somme versée (CE, sect., 2 mai 1959, *Ministre des finances c/ Sieur Lafon*, Rec. p. 282). Cela a notamment pour conséquence que le délai de recours de deux mois est opposable (alors qu'en matière de responsabilité, il est possible de former une demande préalable tant que la créance sur l'administration n'est pas prescrite, soit généralement durant quatre années).



FICHE N° 93 :

Les mesures d'ordre intérieur

CE, 1^{er} octobre 1975, *Époux Y...X...*, n° 97752, T. CE, 15 avril 2015, *Pôle Emploi*, n° 373893, Rec.

CE, Sect., 25 septembre 2015, *Mme B...*, n° 372624, Rec.



L'essentiel

En contentieux de la fonction publique, les décisions de changement d'affectation d'un agent sont en principe regardées comme des mesures d'ordre intérieur insusceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif, sauf lorsqu'elles portent atteinte aux droits et prérogatives que l'intéressé tire de son statut ou à ses droits et libertés fondamentaux, lorsqu'elles entraînent une perte de rémunération ou de responsabilités, ou encore lorsqu'elles traduisent une discrimination.



Les mots du juge

« Considérant que la note de service attaquée, qui se borne à préciser les obligations de service des concierges de l'École nationale de perfectionnement de Châlons-sur-Marne, n'a aucune conséquence sur la situation juridique et pécuniaire des époux Y...X..., concierges de cet établissement et constitue une simple mesure d'ordre intérieur qui n'est pas susceptible d'être déferée au juge de l'excès de pouvoir ; que, dès lors, les requérants ne sont pas fondés à se plaindre que par le jugement attaqué le tribunal administratif a rejeté leur requête tendant à l'annulation de ladite note »
(CE, 1^{er} octobre 1975, *Époux X...Y...*, n° 97752)

« Considérant qu'en faisant état de ce que sa candidature était meilleure que celle de la personne retenue, de ce qu'elle n'a pas bénéficié de certaines formations et de ce qu'elle a fait l'objet d'une discrimination en raison de ses responsabilités syndicales, Mme Castrot n'apporte pas des faits précis et concordants de nature à faire présumer, alors que le candidat retenu exerçait également des responsabilités syndicales, que les décisions qu'elle conteste reposeraient sur une discrimination en raison de son engagement syndical ;
Considérant que, dès lors qu'elles ne traduisent aucune discrimination, ces décisions, qui ne portent atteinte ni aux perspectives de carrière ni à la rémunération de l'intéressée, ont le caractère de simples mesures d'ordre intérieur, qui sont insusceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; qu'il suit de là que Mme Castrot n'est pas recevable à demander leur annulation »
(CE, 15 avril 2015, *Pôle Emploi*, n° 373893, Rec.)

« Considérant que les mesures prises à l'égard d'agents publics qui, compte tenu de leurs effets, ne peuvent être regardées comme leur faisant grief, constituent de simples mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours ; qu'il en va ainsi des mesures qui, tout en modifiant leur affectation ou les tâches qu'ils ont à accomplir, ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives qu'ils tiennent de leur statut ou à l'exercice de leurs droits et libertés fondamentaux, ni n'emportent perte de responsabilités ou de rémunération ; que le recours contre de telles mesures, à moins qu'elles ne traduisent une discrimination, est irrecevable »
(CE, Sect., 25 septembre 2015, *Mme B...*, n° 372624, Rec.)





Commentaire

Définition

Le terme « mesure d'ordre intérieur » désigne une catégorie d'actes administratifs individuels qui ne font pas grief au motif qu'ils emportent des effets insuffisamment significatifs sur la situation de la personne qui les conteste pour pouvoir être attaqués devant le juge. Cette catégorie, dont

le net déclin dans toutes les branches du contentieux administratif s'explique par l'approfondissement du contrôle juridictionnel sur les actes de l'administration, conserve toutefois une certaine importance en contentieux de la fonction publique.

Périmètre

Dans ce domaine, l'existence de mesures d'ordre intérieur concerne essentiellement les décisions de changement d'affectation des agents, qui correspondent à l'exercice du pouvoir d'organisation du service dont dispose l'administration (CE, 4 janvier 1946, *Sieur X...*, Rec. ; CE, 23 novembre 1951, *Sieur X...*, Rec.) (cf. fiche n° 49 « La mutation et les conséquences sur la situation individuelle du fonctionnaire »). Ces décisions sont cependant susceptibles de recours lorsqu'elles affectent de manière significative la situation des agents concernés, notamment en portant atteinte aux prérogatives qu'ils tirent de leur statut.

Au nombre de ces mesures insusceptibles de recours, la jurisprudence a précisé que figurent par exemple :

Ont ainsi été jugées susceptibles de faire l'objet d'un recours contentieux :

- les décisions de changement d'affectation qui ont une incidence sur la rémunération de l'agent (CE, 4 juillet 1958, *Commune d'Anglet*, n° 39089, Rec. ; voir également CE, 25 septembre 1995, *M. Georges X...*, n° 116085, T., s'agissant de la décision modifiant les horaires de travail d'un fonctionnaire qui a eu pour effet de le priver d'une prime qu'il recevait antérieurement à raison du fait qu'il travaillait de nuit ; CE, 4 février 2011, *Mme Marie-Noëlle A...*, n° 335098, T., s'agissant d'un changement d'affectation qui prive un fonctionnaire du bénéfice de la nouvelle bonification indiciaire) ;
- celles qui constituent en réalité une décision de sanction déguisée à l'encontre d'un agent ou une décision de mutation de ce dernier (CE, 14 avril 1999, *M. Jacques X...*, n° 199721, T. ; CE, 18 mars 1996, *M. Dominique X...*, n° 141089, T.) ;
- les décisions qui traduisent une diminution significative du niveau de responsabilités d'un agent (CE, 7 octobre 2015, *Mme B...A...* n° s 377036, 377037, T. ; CE, 4 décembre 2013, *M. C...A...B...*, n° 359753, T. ; CE, 28 octobre 1992, *Département de la Guyane*, n° 94894, inédite) ;
- celles qui portent atteinte aux prérogatives et garanties que ce dernier tire de son statut (CE, 8 mars 1999, *Mme Dominique X...*, n° 171341, T. ; CE, 25 janvier 2006, *M. François A...*, n° 275070, Rec.) ;
- ou encore les mesures ne portant atteinte ni aux perspectives de carrière ni à la rémunération d'un agent mais traduisant une discrimination, étant entendu qu'en l'absence de discrimination, de telles mesures ont le caractère d'une simple mesure d'ordre intérieur insusceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir emploi (CE, 15 avril 2015, *Pôle Emploi*, n° 373893, Rec.).

- la décision d'affecter au service des archives, de la documentation et du chiffre d'un consulat un agent précédemment chargé des fonctions de secrétaire du consul général (CE, 8 mars 1999, *Mme Dominique X...*, n° 171341, ou celle d'affecter un attaché d'administration scolaire et universitaire, précédemment chargé de la direction d'un restaurant universitaire, à la direction d'une résidence universitaire située sur le même domaine (CE, 18 mars 1996, *M. Dominique X...*, n° 141089, T.) ;

- la décision chargeant un enseignant d'un enseignement optionnel (CE 8 mars 1993, *M. Louis Y...*, n° 112742, T.) ;

- la décision d'un président de tribunal administratif faisant application à un rapporteur public des dispositions de l'article R. 222-23 du CJA pour que, indépendamment de ses fonctions de rapporteur public, il assume, pour certaines affaires, la tâche de rapporteur (CE, 25 janvier 2006, *M. François A...*, n° 275070, Rec.) ;

- une note de service précisant les obligations de service des concierges d'un établissement de formation, qui n'emporte aucune conséquence juridique ou pécuniaire sur la situation des intéressés (CE, 1^{er} octobre 1975, *Époux Y...X...*, n° 97752, T.) ;

- une note de service émanant d'un directeur des archives départementales modifiant les tâches confiées à un commis d'administration affecté au service des archives (CE, 5 février 1993, *Mme Monique X...* n° 107264, T.).

Par une décision *Mme B...* rendue en Section du contentieux, le Conseil d'État a résumé l'état de sa jurisprudence en jugeant que les mesures qui, tout en modifiant l'affectation des agents ou les tâches qu'ils ont à accomplir, ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives qu'ils tiennent de leur statut ou à l'exercice de leurs droits et libertés fondamentaux, ni n'emportent de perte de responsabilités ou de rémunération, sont insusceptibles de recours, à moins qu'elles ne traduisent une discrimination (CE, Sect., 25 septembre 2015, n° 372624, Rec.). À l'occasion de cette affaire, le Conseil d'État a implicitement jugé que la circonstance qu'une mesure soit prise en considération de la personne d'un agent ne faisait pas obstacle à ce qu'elle soit qualifiée de mesure d'ordre intérieur. Cette jurisprudence trouve à s'appliquer y compris aux agents contractuels de droit public (CE, 7 décembre 2018, *Région Hauts-de-France*, n° 401812, T.).



FICHE N° 94 :

Le vice de procédure

CE, Ass., 23 décembre 2011, *M. Danthony et autres*, n° 335033, Rec.



L'essentiel

Si les lois et règlements applicables à la fonction publique prévoient, dans certains cas, le respect d'une procédure avant qu'un acte réglementaire ou individuel soit pris par l'administration, toute irrégularité procédurale n'est pas de nature à entacher d'illégalité un tel acte. Il faut que le vice de procédure ait exercé une influence suffisante sur le sens de la décision prise ou qu'il ait privé les intéressés s'en prévalant d'une garantie. Le juge de l'excès de pouvoir, qui contrôle la légalité des décisions administratives, apprécie concrètement, au cas par cas, la portée et les effets du vice constaté.



Les mots du juge

« Considérant que l'article 70 de la loi du 17 mai 2011 dispose que : "Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision" ;

Considérant que ces dispositions énoncent, s'agissant des irrégularités commises lors de la consultation d'un organisme, une règle qui s'inspire du principe selon lequel, si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ; que l'application de ce principe n'est pas exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte »

(CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*, n° 335033, Rec.)



Commentaire

En adoptant l'article 70 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, désormais abrogé¹⁵, le législateur a souhaité faire évoluer l'office du juge de l'excès de pouvoir afin d'éviter que des décisions administratives soient annulées pour de simples vices de procédure. Éclairant la portée de ces dispositions législatives, le Conseil d'État a considéré que, désormais, une annulation était encourue, sur le fondement d'un vice de procédure, dans deux hypothèses : d'une part, en raison de l'influence concrète du vice de procédure et, d'autre part, à cause de la privation d'une garantie pour les agents (CE, Ass., 23 décembre 2011, *Danthony et autres*, n° 335033, Rec.).

S'agissant de la première hypothèse – l'influence du vice procédural –, le juge recherche, afin de prononcer l'annulation de l'acte administratif pour ce motif, si la méconnaissance de ce vice est susceptible d'avoir eu concrètement une influence sur le sens de la décision prise. Autrement dit, la jurisprudence *Danthony* ne conduit pas à l'annulation d'une décision administrative entachée d'un vice de procédure lorsque le juge estime qu'un tel vice n'a pas eu une influence de cette nature. Évitant une approche abstraite, le juge administratif recherche *in concreto*, à partir des pièces qui lui sont soumises, en fonction de l'objet de la procédure en cause, de la nature

¹⁵ L'article 70 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 a été abrogé par la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 (art. 51), compte tenu notamment du fait que son champ d'application (limité aux seules irrégularités tenant à la consultation d'un organisme) était devenu plus restrictif que celui de la jurisprudence *Danthony*.

de la décision prise ou encore des circonstances propres à cette décision, si l'irrégularité constatée est susceptible d'avoir eu une influence sur la décision administrative qui a été finalement adoptée.

S'agissant de la seconde hypothèse – la privation d'une garantie –, le juge vérifie si le vice procédural a privé l'agent public d'une garantie, ce qui suppose qu'il recherche, au préalable, si la formalité de procédure méconnue par l'administration peut être qualifiée de « garantie » à l'égard de l'intéressé. Autrement dit, il ne suffit pas qu'il y ait irrégularité pour que l'acte soit mécaniquement annulé. Encore faut-il s'assurer que l'irrégularité a concrètement eu pour conséquence de priver de garantie son bénéficiaire.

Comme le montrent les premières décisions du Conseil d'État prises à la suite de la jurisprudence *Danthony*,

L'incidence des vices de procédure sur le déroulement de la procédure consultative en matière de projets de texte réglementaires

La décision *Danthony* a elle-même permis de décider que la consultation préalable des comités techniques, sur lesquels se fonde la représentativité des organisations syndicales dans la fonction publique, est une garantie qui découle du principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail consacré par le huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Par conséquent, l'omission de leur consultation préalable, lorsqu'elle est obligatoirement prévue par les lois et règlements, prive les représentants du personnel – et, indirectement, les agents publics – d'une garantie et constitue une irrégularité de nature à entacher la légalité du projet de texte devant être soumis à leur avis (CE, 15 mai 2012, *Fédération interco CFDT*, n° 339834, T.).

Toutefois, l'appréciation *in concreto* de la procédure administrative préalable à l'édiction d'un acte que constitue la consultation des comités techniques ne conduit pas nécessairement le juge administratif, au vu des éléments du dossier qui lui est soumis, à annuler tout acte vicié par une irrégularité procédurale relative au recueil de l'avis d'un comité technique.

Ainsi, par exemple, il a été jugé que, eu égard notamment au contenu des débats portés au procès-verbal de la réunion du comité technique et dans la mesure où les membres du comité ont été à même d'exprimer utilement leur opinion sur l'ensemble des questions soulevées par un projet de texte, la méconnaissance du délai minimum d'envoi des pièces et documents n'est pas un motif d'annulation puisqu'elle n'a pas exercé une influence sur le sens de l'avis émis et que, partant, les représentants siégeant dans cet organisme n'ont pas été privés d'une garantie (CE, 27 avril 2012, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public – Fédération syndicale unitaire*, n° 348637, T.).

Ce raisonnement semble pouvoir être également suivi, dans des circonstances équivalentes, lors de la consultation d'autres organismes au sein desquels s'exerce la participation des agents publics, tels que le Conseil commun de la fonction publique, le Conseil supérieur de la fonction publique d'État, le Conseil supérieur

de la violation des droits de la défense fait, notamment, partie des garanties procédurales à respecter à peine d'annulation de l'acte individuel pris. Toutefois, chronologiquement, c'est d'abord sur le plan du déroulement de certaines procédures intéressant la consultation (facultative ou obligatoire) des organismes au sein desquels s'exerce la participation des fonctionnaires sur des actes réglementaires que cette nouvelle grille d'analyse a été appliquée.

Il faut souligner que le raisonnement de la jurisprudence *Danthony* ne s'applique qu'aux irrégularités de procédure et non aux vices d'incompétence ou aux irrégularités formelles, tenant notamment à l'absence de signature ou de motivation (CE, 7 décembre 2016, *Caisse d'assurance retraite et de santé du travail d'Aquitaine*, n° 386304, T.).

de la fonction publique territoriale, le Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière ou encore les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail.

Le Conseil d'État a apporté d'autres précisions à propos de certaines prérogatives prévues par les textes relatifs aux comités techniques, s'attachant notamment à distinguer l'objet de la consultation. Il a ainsi estimé que, si les membres des comités techniques ont un droit à être informés des suites données à leurs propositions et avis, les dispositions qui instituent un tel droit n'ont pas pour objet, à la différence de la garantie tenant à la consultation préalable du comité technique, de porter à la connaissance de l'administration des éléments d'appréciation avant qu'elle arrête une décision. Dès lors, l'omission du droit d'information reconnu aux membres d'un comité technique – ou, suivant une logique analogue, d'un autre organisme consultatif prévoyant le même type de prérogatives pour ses membres – n'influence pas la décision qui a pu être prise par l'administration et, ainsi, ne constitue pas une irrégularité de nature à entacher d'illégalité des textes examinés par cette instance de représentation du personnel (CE, 22 janvier 2013, *Syndicat national CGT des chancelleries et services judiciaires*, n° 355511, T.).

En tout état de cause, le vice de procédure – à l'instar du vice de forme – ne peut plus être invoqué à l'encontre d'un acte réglementaire devenu définitif (c'est-à-dire une fois le délai de recours contentieux expiré, par suite de l'écoulement d'un délai de deux mois à compter de sa publication) lorsque sa légalité est discutée, par voie d'exception, à l'occasion d'un recours dirigé contre une décision prise pour son application ou dont celui-là constitue la base légale ou dirigé contre le refus de l'administration de l'abroger (CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, n° 414583, Rec.). En effet, s'il est toujours possible d'exciper de l'illégalité d'un acte réglementaire (CE, 24 janvier 1902, *Sieur X...* et *Chambre syndicale des propriétés immobilières de la Ville de Paris*, Rec.), son caractère définitif restreint les moyens invocables à son encontre aux seuls moyens tirés de l'incompétence, du détournement de pouvoir et de sa légalité intrinsèque.



Les contours de la réaffirmation de certaines garanties procédurales précédant l'édition d'actes individuels

D'autres précisions jurisprudentielles ont été apportées dans le cadre des procédures administratives qui précèdent la prise d'un acte individuel.

Tout d'abord, il faut relever que certains organismes consultatifs se réunissent, à raison de leur champ de compétence, pour connaître de situations individuelles. Tel est le cas, pour les fonctionnaires, de la CAP (ou, s'agissant des agents contractuels de droit public, de la commission consultative paritaire), notamment lorsqu'il s'agit de recueillir l'avis de cette instance dans le cadre d'une procédure disciplinaire. Or, une irrégularité relative aux *règles de composition* d'un organisme collégial devant être consulté avant que l'autorité administrative ne prononce une sanction disciplinaire est susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision prise et, par conséquent, prive l'agent public concerné par cette procédure d'une garantie (à propos d'un militaire : CE, 22 février 2012, *M. Nicolas A...*, n° 343052, T.).

L'illégalité de l'acte individuel pris à la suite de la consultation d'un organisme siégeant en formation disciplinaire peut être également fondée sur le non-respect du caractère paritaire de cette instance. En effet, l'absence de *convocation en nombre égal* des représentants de l'administration et des représentants du personnel est regardée comme une irrégularité qui prive l'agent d'une garantie (CE, 15 janvier 2014, *La Poste*, n° 363559, Inédit). En revanche, la lecture devant le conseil de discipline du rapport établi par l'autorité investie du pouvoir de sanction, faute d'avoir pu communiquer ce rapport en temps utile au fonctionnaire concerné avant la réunion du conseil, ne constitue pas une garantie dont la méconnaissance suffirait à entacher d'illégalité la décision prise à l'issue de la procédure disciplinaire (CE, 12 février 2014, *M. A...B...*, n° 352878, T.) : le juge doit donc regarder l'influence de l'irrégularité au cas par cas.

Le Conseil d'État applique la jurisprudence *Danthony* à d'autres situations de la vie administrative qui n'impliquent pas l'intervention préalable d'un organisme.

Constitue ainsi une garantie dont la méconnaissance entache d'illégalité l'acte pris, la consultation du dossier administratif du fonctionnaire avant l'adoption d'une mesure prise en considération de sa personne (CE, 31 janvier 2014, *Mme A...B...*, n° 369718, T.). De même, l'entretien préalable à la fin du détachement d'un fonctionnaire sur un emploi territorial fonctionnel (prévu à l'art. 53 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984), qui lui permet de présenter directement ses observations au chef de l'exécutif territorial, est également une garantie dont la privation entache d'illégalité la décision mettant fin à ce détachement (CE, 16 décembre 2013, *Département du Loiret c/ M. A...*, n° 367007, T.).

Toutefois, la tenue d'un entretien n'est pas systématiquement de nature à constituer une garantie pour l'agent concerné. Ainsi, hormis le cas où la décision revêt un caractère disciplinaire, le fait pour une collectivité territoriale de ne pas procéder à l'entretien qui accompagne la décision de ne pas renouveler le contrat d'un agent ne constitue pas la méconnaissance d'une garantie au sens de la jurisprudence *Danthony*. Si cet entretien permet à l'agent intéressé d'interroger son employeur sur les raisons justifiant la décision de ne pas renouveler son contrat et, le cas échéant, de lui exposer celles qui pourraient justifier une décision contraire, cette formalité ne constitue pas pour l'agent, eu égard à l'absence de droit au renouvellement, une garantie dont la privation serait de nature par elle-même à entraîner l'annulation de la décision de non renouvellement (CE, 26 avril 2013, *M. B...A...*, n° 355509, T.).



FICHE N° 95 :**L'annulation rétroactive et ses conséquences**

CE, 26 décembre 1925, *Sieur A...*, n° 88369, Rec.

**L'essentiel**

Lorsque le juge administratif prononce l'annulation d'une décision, celle-ci revêt un effet rétroactif, c'est-à-dire que la décision est réputée ne jamais avoir existé. En matière de fonction publique, les effets qui s'attachent à l'annulation contentieuse d'une décision individuelle sont particulièrement étendus, en particulier lorsqu'est remise en cause la décision de radier un agent des cadres. Dans ce cas, la jurisprudence a précisé qu'il appartenait à l'administration de réintégrer l'agent dans son corps ou cadre d'emplois, sur un emploi équivalent à celui qu'il occupait, de reconstituer sa carrière comme si la décision annulée n'était jamais intervenue, et de réparer le préjudice subi du fait de cette décision.

**Les mots du juge**

« Considérant que s'il est de principe que les règlements et les décisions de l'autorité administrative, à moins qu'ils ne soient pris pour l'exécution d'une loi ayant un effet rétroactif, ne peuvent statuer que pour l'avenir, cette règle comporte évidemment une exception lorsque ces décisions sont prises en exécution d'un arrêt du Conseil d'État, lequel par les annulations qu'il prononce entraîne nécessairement certains effets dans le passé à raison même de ce fait que les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus ; qu'à la suite de décisions prononçant l'annulation de nominations, promotions, mises à la retraite, révocations de fonctionnaires, l'administration qui, pendant toute la durée de l'instruction du pourvoi a pu accorder des avancements successifs aux fonctionnaires irrégulièrement nommés, ou a pourvu au remplacement des agents irrégulièrement privés de leur emploi, doit pouvoir réviser la situation de ces fonctionnaires et agents pour la période qui a suivi les actes annulés ; qu'elle est tenue de restituer l'avancement à l'ancienneté dans les conditions prévues par les règlements ; que, pour l'avancement au choix, elle doit pouvoir procurer aux intéressés, en remplacement d'avancements entachés d'illégalité, un avancement compatible tant avec la chose jugée par le conseil qu'avec les autres droits individuels ; qu'il incombe en effet au ministre de rechercher les moyens d'assurer à chaque fonctionnaire placé sous son autorité la continuité de sa carrière avec le développement normal qu'elle comporte et les chances d'avancement sur lesquelles, dans ses rapports avec les autres fonctionnaires, il peut légitimement compter d'après la réglementation en vigueur ; qu'il appartient à l'administration de procéder à un examen d'ensemble de la situation du personnel touché, directement ou indirectement, par l'arrêt du Conseil d'État, et de prononcer dans les formes régulières et sous le contrôle dudit conseil, statuant au contentieux, tous reclassements utiles pour reconstituer la carrière du fonctionnaire dans les conditions où elle peut être réputée avoir dû normalement se poursuivre si aucune irrégularité n'avait été commise ; que si les intéressés qui peuvent prétendre à une compensation pour les pertes de leur avancement au choix, ne sont pas en droit d'exiger que cette compensation leur soit donnée par voie de mesure de reclassement, c'est pour le ministre une faculté dont il peut légitimement user pour le bien du service »
(CE, 26 décembre 1925, *Sieur A...*, n° 88369, Rec.)





Commentaire

Lorsque le juge administratif prononce l'annulation d'une décision illégale de nomination ou de radiation des cadres d'un fonctionnaire, cette annulation revêt un effet rétroactif, c'est-à-dire que la décision annulée est réputée ne jamais avoir existé. Ces effets sont exclusivement réservés aux cas d'annulations contentieuses. En effet, en vertu de la théorie du *fonctionnaire de fait*, un fonctionnaire irrégulièrement nommé aux fonctions qu'il occupe mais dont la nomination n'a pas été annulée par un juge doit être regardé comme légalement investi de ces fonctions (CE, 2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et télégraphes*, Rec. ; CE, Sect., 16 mai 2001, *Préfet de police c/ M. Y...*, n° 231717, Rec.).

La fiction juridique sur laquelle repose l'annulation contentieuse – qui implique de reconstituer la carrière de l'agent illégalement évincé – s'avère parfois difficile à

Réintégration

Quel que soit le motif ayant justifié l'annulation par le juge d'une décision de radiation des cadres d'un fonctionnaire, l'administration doit réintégrer l'agent dans son corps ou cadre d'emplois. En principe, cette réintégration n'implique pas l'affectation dans l'emploi occupé avant l'intervention de la décision annulée, mais seulement sur un emploi équivalent.

Le Conseil d'État a ainsi jugé qu'eu égard aux caractéristiques de l'emploi d'inspecteur d'académie, directeur des services départementaux de l'éducation nationale, une décision juridictionnelle annulant le décret mettant fin aux fonctions d'un fonctionnaire sur ce poste n'impliquait pas nécessairement que celui-ci soit réintégré dans l'emploi qu'il occupait, l'autorité compétente pouvant satisfaire aux obligations découlant pour elle de la décision d'annulation en l'affectant, sous réserve qu'il n'ait pas été atteint entre temps par la limite d'âge, dans un emploi équivalent (CE, Section, 16 octobre 1959, *Sieur X...*, n° 39559, Rec. ; CE, 27 avril 2012, *M. Jacques A...*, n° 327732, T. ; sur l'appréciation de l'équivalence de l'emploi : CE, 31 mai 1995, *Mme Liliane X...*, n° 132639, Rec.).

Précisons que l'agent évincé ne commet pas de faute en refusant sa réintégration sous la forme d'une mise à disposition dès lors que celle-ci est, aux termes de la loi, subordonnée à son accord (CE, 21 mai 2007, *M. Michel A...*, n° 264174, T.).

Par exception, l'administration est tenue, dans certaines hypothèses, de réintégrer le fonctionnaire dans l'emploi dont il a été irrégulièrement évincé. Tel est en particulier le cas lorsque l'agent évincé bénéficiait de la garantie d'inamovibilité (CE, Ass., 27 mai 1949, *Sieur X...*, n° 93122, Rec.) ou occupait un emploi n'ayant pas d'équivalent,

Reconstitution de carrière

L'obligation la plus délicate pesant sur l'administration est celle de reconstituer la carrière de l'agent illégalement radié des cadres, pour la période comprise entre la date

mettre en œuvre, notamment lorsque plusieurs années se sont écoulées entre la prise de la décision illégale et son annulation par le juge. La jurisprudence a précisé les conséquences que devait tirer l'administration d'une telle annulation, lesquelles sont d'autant plus exigeantes pour cette dernière que le juge administratif peut faire usage de ses pouvoirs d'injonction (CE, 14 mars 1996, *M. Jean-Paul X...*, n° 146326, T.).

Notons que lorsque l'annulation contentieuse entraînerait des conséquences manifestement excessives, le juge se reconnaît le pouvoir de moduler ses effets dans le temps (pour une application à l'annulation de décisions individuelles de nomination d'agents publics : CE, 12 décembre 2007, *M. Jean-Louis B...*, n° 296072, Rec. ; cf. la fiche n° 92 « *La nature du contentieux et les conséquences procédurales* »).

tel l'emploi d'administrateur de la Comédie-Française (CE, 1^{er} décembre 1961, *Sieur X... de Y...*, Rec.) ; ou celui de déléguée régionale d'Ile-de-France à la condition féminine, CE, 14 mars 1994, *Mme Jacqueline X...*, n° 73603, T.). Dans ce cas, l'administration ne peut opposer à l'agent la nomination de son successeur à ce poste (CE, Sect., 8 avril 2009, *Chambre de métiers et de l'artisanat de la Moselle*, n° 289314, Rec.). La même obligation s'impose lorsque la décision annulée est une mutation d'office, faute de quoi l'annulation juridictionnelle n'aurait aucune portée (CE, 15 juillet 1955, *Sieur X...*, Rec. ; CE, 22 décembre 1958, *Sieur X...*, T. ; CE, 1^{er} juin 2018, n° 405532, T.), ou lorsqu'aucun emploi équivalent à celui occupé par l'agent n'est vacant, l'agent devant alors être réintégré dans l'emploi même qu'il occupait, « *au besoin après retrait de l'acte portant nomination du fonctionnaire irrégulièrement désigné pour le remplacer* » (CE, 10 novembre 1967, *Ministre de l'éducation nationale c/ Dlle X...*, n° 69473, Rec.). L'administration n'est libérée de son obligation de réintégrer l'agent irrégulièrement évincé dans l'emploi qu'il occupait précédemment que lorsque sa réintégration est impossible, soit que cet emploi ait été supprimé ou substantiellement modifié, soit que l'intéressé ait renoncé aux droits qu'il tient de l'annulation prononcée par le juge ou n'ait plus la qualité d'agent public (CE, 1^{er} juin 2018, n° 405532, T.).

Enfin, l'admission à la retraite de l'agent irrégulièrement évincé fait obstacle à ce que celui-ci soit réintégré dans la fonction publique. L'intéressé ne peut que demander la réparation du préjudice qu'ont pu entraîner sa mise à la retraite et la liquidation anticipée de sa pension, lorsque celle-ci est la conséquence du licenciement illégal (CE, 23 décembre 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes-Bagnols-Uzès-Le Vigan*, n° 347178, Rec.).

de l'éviction illégale et la date de l'annulation contentieuse de cette décision d'éviction (CE, 26 décembre 1925, *Sieur A...*, n° 88369, Rec.). Cette reconstitution doit permettre



de replacer l'agent dans la position exacte qu'il devrait occuper s'il n'avait pas fait l'objet de la mesure annulée.

La mise en œuvre de cette obligation ne pose pas de difficulté pour l'avancement d'échelon, qui se fait principalement à l'ancienneté. Il est donc relativement facile pour l'administration de reconstituer ce qu'aurait dû être l'avancement du fonctionnaire illégalement évincé.

La reconstitution de la carrière s'avère plus délicate en ce qui concerne l'avancement au choix (cf. la fiche n° 52 « L'avancement de grade »). La décision Rodière précise que l'administration doit assurer à l'intéressé « les chances d'avancement sur lesquelles, dans ses rapports avec les autres fonctionnaires, il peut légitimement compter compte tenu de la réglementation en vigueur ». Cela signifie que l'administration doit retenir, pour reconstituer la carrière de l'agent, la moyenne des avancements obtenus par les fonctionnaires de même niveau demeurés en fonctions.

Enfin, le Conseil d'État a longtemps refusé de reconnaître l'obligation pour l'administration de reconstituer les avancements sur concours dont aurait bénéficié l'intéressé s'il n'avait pas été illégalement évincé (CE, 18 janvier 1950, *Sieur X...*, Rec.), admettant seulement l'organisation d'un concours sur titres au lieu d'un concours sur épreuves (CE, Sect., 25 juin 1948, *Sieurs X... et Y...*, Rec.). Il est cependant revenu sur cette jurisprudence estimant que l'obligation de reconstitution de la carrière s'étend aux avancements sur concours (CE, Sect., 13 juillet 1956, *Sieur Barbier*, Rec.). Notons que la reconstitution de carrière implique également la reconstitution des droits sociaux de l'intéressé, en particulier de ses droits à pension et, par suite, le versement par l'administration des cotisations nécessaires à cette reconstitution (CE, 23 décembre 2011, *M. B...*, n° 322780, Rec.).

Le droit de l'agent illégalement évincé à obtenir la reconstitution de sa carrière n'est toutefois pas absolu. Comme l'a indiqué le Conseil d'État dans la décision Rodière, il doit en effet être compatible avec « les autres droits individuels ». Ainsi, si l'administration ne peut pas procéder à la reconstitution de la carrière d'un agent sans

porter atteinte aux droits d'autres agents, il lui appartient d'apporter à ces derniers une compensation (CE, Sect., 29 juillet 1932, *Association des fonctionnaires de la marine*, n° 6817, Rec.). Dans certains cas, tels que les tableaux d'avancement ou les rappels et bonifications d'ancienneté, la reconstitution de la carrière de l'agent oblige l'administration à reconsidérer la situation de l'ensemble des agents affectés directement ou indirectement par cette reconstitution (CE, Sect., 26 janvier 1934, *Sieur X...*, Rec. ; CE, Sect., 4 février 1955, *Sieur X...*, Rec.).

Dans la mesure du possible, la jurisprudence tend cependant à limiter les effets sur les tiers d'une reconstitution de carrière. Le Conseil d'État juge ainsi que l'annulation d'une décision fixant l'ancienneté d'un agent, prise sur la base d'un décret illégal, n'entraîne pas l'annulation des autres décisions prises sur la base de ce décret (CE, 3 décembre 1954, *Sieur X...*, Rec.), ou encore que lorsque l'agent n'a pas attaqué dans les délais le refus opposé à sa demande de réintégration, ce refus devient définitif et crée des droits au profit des collègues de ce dernier (CE, 4 février 1955, *Sieur X...*, n° 15695, Rec.).

Enfin, les décisions prises par l'administration en exécution de son obligation de reconstituer la carrière de l'agent à la suite d'une annulation contentieuse doivent être prises conformément aux textes en vigueur à la date à laquelle elles prennent rétroactivement effet et après accomplissement des procédures prévues par ces textes (CE, 11 juillet 1958, *Fontaine*, n° 20122, Rec.) ce qui implique, en principe, de consulter les organismes consultatifs dont l'avis est requis dans leur composition en vigueur à cette date (CE, Sect., 13 juillet 1965, *Ministre des postes et télécommunications c/ Sieur X...*, n° 54083, Rec.). Cette jurisprudence pouvant aboutir à des situations absurdes en cas d'impossibilité de réunir, plusieurs années plus tard, un organisme consultatif dans sa composition en vigueur à une date donnée, le Conseil d'État a admis que l'administration puisse consulter l'organisme en cause dans sa composition à la date à laquelle la mesure est prise, y compris lorsque ses règles de composition ont entretemps évolué, dès lors que cette composition offre des garanties équivalentes (CE, Sect., 14 février 1997, *M. X...*, n° 111468, Rec.).

Réparation du préjudice

En cas d'annulation rétroactive de l'éviction d'un agent, il incombe à l'administration de réparer le préjudice subi par l'intéressé. Alors que cette réparation, a un temps consisté dans le versement à l'agent de l'ensemble des traitements qu'il aurait dû percevoir (théorie du traitement), elle consiste, depuis la décision *Deberles* consacrant la théorie de l'indemnité, dans le versement d'une indemnisation (CE, Ass., 7 avril 1933, n° 04711, Rec.). Pour le calcul de cette indemnisation, le juge prend en compte la perte de son traitement par l'agent, dont il déduit, le cas échéant, les revenus perçus par ce dernier s'il a retrouvé un emploi entre la date de sa radiation et celle de sa réintégration.

Depuis une décision Commune d'Ajaccio (CE, Sect., 6 décembre 2013, n° 365155, Rec.), le juge administratif prend également en compte la perte des primes et indemnités « dont l'intéressé avait, pour la période en cause, une chance sérieuse de bénéficier, à l'exception de celles qui, eu égard à leur nature, à leur objet et aux conditions dans lesquelles elles sont versées, sont seulement destinées à compenser des frais, charges ou contraintes liées à l'exercice effectif des fonctions » (cf. la fiche n° 59 « Les conséquences indemnitaires d'une éviction irrégulière »).



Destiné aux administrations, collectivités publiques, professionnels du droit de la fonction publique et étudiants, cet ouvrage est le fruit d'un travail collectif, initié par la DGAFP et élaboré par cinq maîtres des requêtes au Conseil d'Etat.

Il constitue un socle de référence sur les jurisprudences structurantes qui permettent d'appréhender les grands thèmes du droit de la fonction publique. Axé autour de sept parties thématiques, il rassemble près d'une centaine de fiches reprenant les mots essentiels du juge, accompagnés de commentaires sur chacun des thèmes abordés.

Cette première édition a vocation à être mise à jour et complétée régulièrement par la DGAFP. Elle est également libre et gratuitement disponible en ligne sur le site internet www.fonction-publique.gouv.fr.

Plus d'informations sur
www.fonction-publique.gouv.fr
www.conseil-etat.fr

**Direction générale
de l'administration
et de la fonction publique**

