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

AVANT-PROPOS

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

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 rØgis par des rŁgles spØcifiques : sauf dispositions particuliŁres, le droit du travail ne s applique pas à eux. Ils sont, en outre, placØs dans une situation purement lØgale et rØglementaire : s appliquent à eux des rŁgles fixØes par leur statut complØtØ par d autres rŁglements administratifs. Leur employeur n est donc pas liØ par un contrat et peut modifier ces rŁgles de façon unilatØrale, pour les besoins du service public ou dans un motif d intØrŒt gØnØral.

Les mots du juge

Considørant que les fonctionnaires sont vis-à-vis de l administration dans une situation statutaire et rØglementaire ; qu en jugeant qu un fonctionnaire ne saurait se prØvaloir d un prØjudice rØsultant de la modification rØglementaire, lØgalement effectuØe, des rŁgles relatives à sa rØmunØration, 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 spØcifique et purement statutaire, c est-à-dire lØgale et rØglementaire

La notion de statut est difficile à cerner. De façon gØnØrale, il s agit d un ensemble de rŁgles qui a pour objet de fixer à l avance le fonctionnement d une structure ou les rŁgles de gestion des personnels. Ces rŁgles rØgissent l organisation ou la procØdure ; elles peuvent fixer des obligations, mais elles ont aussi pour objet de confØrer par avance des droits et des garanties. L instrument du statut implique aussi une exigence d ØgalitØ de traitement entre ceux qui y sont soumis puisque la rŁgle n est pas fixØe au cas par cas mais de façon gØnØrale pour l ensemble de la catØgorie soumise au statut. Sur ces deux aspects, le statut s oppose au contrat par lequel seront fixØes pour un cas particulier les rŁgles s appliquant à une relation d emploi (contrat de travail) ou une structure (contrat de sociØtØ).

S agissant spØcifiquement des relations d emploi, la situation a grandement Øvoluø. Si, autrefois, la libertØ dans le choix des clauses d un contrat de travail Øtait à peu prŁs totale, elle est aujourd hui fortement encadrØe par le droit du travail, lØgal et rØglementaire, et par les conventions collectives ou accords applicables. S agissant du code du travail, la Cour de cassation s y rØfŁre parfois comme le « statut des salariØs ». En ce sens, la situation d un salariØ est aujourd hui mixte : pour partie statutaire, pour partie contractuelle.

La situation des fonctionnaires a ceci de particulier qu elle est entiŁrement statutaire (CE, Sect., 22 octobre 1937, Dlle Minaire et autres, Rec.). Le contrat n est en principe pas adaptØ : toutes les rŁgles s appliquant à un fonctionnaire sont dØfinies unilatØralement par l État ou la personne publique qui l emploie. La loi fixe les rŁgles statutaires communes aux trois fonctions publiques et les rŁgles statutaires de chacune des trois fonctions publiques (Øtatique, hospitaliŁre et territoriale). Des dØcrets viennent ensuite donner un statut particulier à chaque corps ou cadre d emplois. D autres actes rØglementaires fixent les autres rŁgles s appliquant aux fonctionnaires, notamment les rŁgles rØgissant leur rØmunØration.

La jurisprudence distingue les rŁgles statutaires stricto sensu, dont l Ødiction et la modification sont entourØes d un certain nombre de garanties, notamment celles d Œtre fixØes par la loi ou par dØcret en Conseil d État, et les autres rŁgles s appliquant aux fonctionnaires (sur cette distinction, cf. les fiches n° 2 « Les garanties fondamentales accordØes par la loi aux fonctionnaires » et n° 3 « Les rŁgles statutaires »). Cependant, dans les deux cas, la rŁgle est entiŁrement fixØe unilatØralement par la puissance publique et non contractuellement.

Ces principes se conjuguent avec la rŁgle, fixØe à l article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, selon laquelle : Sauf dØrogation prØvue par une disposition lØgislative, les emplois civils permanents de l État, des rØgions, des dØpartements, des communes et de leurs Øtablissements publics à caractŁre administratif sont, à l exception de ceux rØservØs aux magistrats de l ordre judiciaire et aux fonctionnaires des assemblØes parlementaires, occupØs soit par des fonctionnaires rØgis par le prØsent titre, soit par des fonctionnaires des assemblØes parlementaires, des magistrats de l ordre judiciaire ou des militaires dans les conditions prØvues par leur statut . Ce n est donc que dans certains cas particuliers, que la puissance publique est autorisØe à recruter des agents par contrat, de droit privØ ou de droit public (cf. la fiche n° 83 La qualitØ d agent contractuel de droit public).

Plusieurs justifications ont Øtø avancØes à l absence de contrat pour la relation entre les fonctionnaires et leurs employeurs. La premiŁre tient à la souplesse que cela confŁre aux employeurs publics : les rŁgles rØgissant les agents du service public peuvent Œtre modifiØes librement puisque l État ne s est engagØ par aucun contrat. L absence de contrat permet aussi de modifier les affectations de façon unilatØrale, dans le respect des rŁgles statutaires. Historiquement, le recours au statut a pu Øgalement Œtre motivØ par l idØe que les agents du service public ne pouvaient se trouver dans la mŒme situation que les salariØs et que la nØgociation collective ne pouvait Œtre pratiquØe dans un secteur oø les choix doivent Œtre dictØs par l intØrŒt gØnØral et non par une nØgociation entre les intØrŒts des employeurs et des employØs. Enfin, juridiquement, il a pu Œtre avancØ que la conception française de la sØparation 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 employØs selon des procØdØs de droit privØ soumis au juge judiciaire, mais selon des procØdØs spØcifiques, de droit public, sous le contrôle du juge administratif.

Les consØquences de cette situation

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

La seconde est que la situation du fonctionnaire est entiŁrement rØgie par des lois et rŁglements qui peuvent Œtre modifiØs pour les besoins du service public ou pour un autre motif d intØrŒt gØnØral sans que le fonctionnaire puisse se prØvaloir de droits prØtendument acquis à la date de son recrutement ou de sa titularisation. Cette modification doit seulement respecter les rŁgles procØdurales applicables et les normes supØrieures. Il en va de mŒme, dans le respect du statut, de toutes les dØcisions relatives à la gestion individuelle du fonctionnaire dont aucune ne rØsulte d un accord contractuel : affectation, classement, promotion, etc. Toutefois, un grand nombre de ces dØcisions sont crØatrices de droits, ce qui encadre la possibilitØ pour l administration de les modifier (cf. la fiche n° 14 Le retrait et l abrogation d un acte de gestion).

Il en dØcoule que la modification des rŁgles s appliquant aux fonctionnaires, y compris dans un sens dØfavorable (par exemple une diminution des rØmunØrations) est en principe lØgale et ne lui crØe aucun prØjudice dont il pourrait demander rØparation (CE, 26 juillet 2007, M. Georges A, n° 255698, T.).

La multiplicitØdes statuts applicables aux agents publics

Si l on parle usuellement d un statut gØnØral de la fonction publique ou d un statut gØnØral des fonctionnaires de l État et des collectivitØs territoriales (cf. en ce sens l article 1er de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983), les quatre lois statutaires adoptØes en 1983, 1984 et 1986 n ont pas opØrØ une uniformisation du statut applicable à toutes les catØgories d agents publics. Si elles ont permis en effet d harmoniser les rŁgles concernant les agents territoriaux avec celles concernant les agents de l État et des Øtablissements hospitaliers (c est-à-dire l essentiel de la fonction publique civile), certaines catØgories d agents publics restent à l Øcart du statut gØnØral :

- les militaires[1] ;

- les magistrats judiciaires[2] ;

- les fonctionnaires des assemblØes parlementaires[3] ;

- le personnel des chambres consulaires[4] ;

---

1 Loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut gØnØral des militaires, codifiØe dans le code de la dØfense.

2 Ordonnance n° 58-1270 du 22 dØcembre 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 oø 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 rØgionales et territoriales des comptes) relŁvent du statut gØnØral de la fonction publique d État, lequel leur est applicable dans la mesure oø ses dispositions ne sont pas contraires à leurs statuts particuliers dØfinis respectivement dans le code de justice administrative et le code des juridictions financiŁres.

3 RŁglement intØrieur sur l organisation des services portant statut du personnel de l AssemblØe nationale et celui du SØnat, pris en application de l ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblØes parlementaires.

4 Pris en application de la loi n° 52-1311 du 10 dØcembre 1952, cf. l arrŒtØ du 13 novembre 1973 portant homologation des modifications apportØes au statut du personnel administratif de l assemblØe permanente des chambres de commerce et d industrie, des chambres rØgionales de commerce et d industrie et des chambres de commerce et d industrie ; l arrŒtØ du 5 mars 1990 portant modification du statut du personnel administratif des chambres de commerce et d industrie et l arrŒtØ du 25 juillet 1997 relatif au statut du personnel de l assemblØe des chambres françaises de commerce et d industrie, des chambres rØgionales de commerce et d industrie et des groupements interconsulaires. Le Conseil d État a jugØ que l intervention postØrieure de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 n a pas implicitement abrogØ la loi n° 52-1311 du 10 dØcembre 1952 prØcitØe (CE, Sect., 29 novembre 1991, M. Emile X, n° 86346, Rec.).

- les agents de la direction gÐnÐrale de la sÐcuritÐ extÐrieure[5] ;

- les agents des cultes en Alsace et Moselle[6] ;

- les agents publics de la PolynÐsie française (compÐtence de la collectivitÐ)[7] et ceux des communes de la PolynÐsie française (compÐtence du lÐgislateur)[8] ;

- les agents publics de la Nouvelle-CalÐdonie[9].

La place du droit du travail

Le droit du travail rÐgit 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 employÐs au moyen d un contrat de travail : ils ont alors le statut de salariÐ et sont soumis au droit du travail (code du travail, convention et accords collectifs applicables). Il s agit principalement de ceux qui travaillent auprŁs d organismes de droit privÐ auxquels a ÐtÐ confiÐe une mission de service public ou qui, bien qu employÐs par une personne publique, sont affectÐs à un service public industriel et commercial (CE, 26 janvier 1923, Sieur de Robert-Lafrøgeyre, n° 62529, Rec. ; CE, Sect., 8 mars 1957, Sieur Jalenques de Labeau, Rec. ; CE, Sect., 15 dÐcembre 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 privÐe (cf. la fiche n° 9 Maintien de la qualitÐ de fonctionnaire aux agents dans les entreprises).

Les autres agents non titulaires de l administration sont gÐnÐralement recrutÐs 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 rŁgles fixÐes par un rŁglement voire, pour certaines, par la loi ; en partie contractuelle, ils peuvent nÐgocier certains ÐlÐments de leur relation d emploi : ils bÐnÐficient alors de droits garantis par leur contrat. La garantie apportÐe par un tel contrat de droit public est cependant moindre que pour un salariÐ car l administration peut, à certaines conditions, modifier unilatÐralement le contrat.

Par ailleurs, les statuts des agents contractuels sont moins complets que ceux des fonctionnaires : dans certains cas, le juge est venu dØgager des principes pour confØrer 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 gÐnÐral du droit que le juge dØcouvre 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 gÐnÐraux du droit applicables aux agents contractuels).

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

Pour le reste, le droit du travail ne s applique pas aux fonctionnaires. Il est toutefois indÐniable qu il constitue dØsormais une source d inspiration des Øvolutions des statuts des fonctions publiques. C est ainsi que la rØforme des comitØs d hygiŁne, de sÐcuritÐ et des conditions de travail dans la fonction publique, menØe entre 2009 et 2011, puis la fusion de ces comitØs avec les comitØs techniques issue de la loi n° 2019-828 du 6 aoßt 2019 de transformation de la fonction publique se sont fortement inspirØes 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 aidØs 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 matiŁre de protection sociale.

Le cas particulier des reprises d entreprise et d association

Il arrive qu une personne publique succŁde 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 privØe change de propriØtaire, le droit du travail prØvoit le transfert des contrats de travail au nouvel employeur. Codifiant et prØcisant la jurisprudence, l article L. 1224-3 du code du travail prØvoit que ce mØcanisme de transfert s applique Ðgalement lorsque l activitÐ d une entitÐ Ðconomique employant des salariØs de droit privÐ est reprise par une personne publique dans le cadre d un service public

---

5 DØcret n° 2017-181 du 13 fØvrier 2017 portant statut particulier des attachØs de la direction gÐnÐrale de la sÐcuritÐ extØrieure, pris en application de la loi n° 53-39 du 3 fØvrier 1953 relative au dØveloppement des crØdits affectØs aux dØpenses de fonctionnement des services civils pour l exercice 1953.

6 Le statut clØrical d Alsace et Moselle rØsulte de divers textes français et allemands, dont les plus anciens remontent à l Øpoque napolØonienne.

7 DØlibØration n° 95-215 AT du 14 dØcembre 1995, portant statut gÐnÐral de la fonction publique de la PolynÐsie française, prise sur le fondement de la loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la PolynÐsie française (dØsormais abrogØe) et, à ce jour, sur le fondement de la loi organique n° 2004-192 du 27 fØvrier 2004 portant statut d autonomie de la PolynÐsie française (par combinaison des art. 13 et 14).

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

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

administratif. Il appartient alors à la personne publique de proposer à ces salariØs un contrat de droit public en reprenant les clauses substantielles du prØcØdent contrat, en particulier celles relatives à la rØmunØration. Pour les salariØs 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 licenciØs prØvues par le droit du travail et par leur contrat. Tant que les salariØs concernØs n ont pas ØtØ placØs sous un rØgime de droit public ni licenciØs, leurs contrats demeurent donc des contrats de droit privØ rØgis par le code du travail (CE, 25 juillet 2013, Centre hospitalier gØnØral de Longjumeau, n° 355804, T. ; TC, 9 janvier 2017, Mme K et autres, n° 4073, T.).

FICHE N° 2 :
Les garanties fondamentales accordØes 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 dØfinit les garanties fondamentales accordØes aux fonctionnaires. Le lØgislateur a donc prØcisØ, dans le statut gØnØral, les principaux droits des fonctionnaires. Il a confirmØ le principe d une fonction publique de carriŁre, structurØe 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

ConsidØrant ( ) qu au nombre de[s] garanties fondamentales [des fonctionnaires qu il appartient au seul lØgislateur de dØterminer] figurent, d une part, le droit d Œtre affectØ à un emploi pour exercer les missions affØrentes au grade, que le fonctionnaire dØtient dans son corps, d autre part, l obligation, pour l administration, de recueillir l accord du fonctionnaire intØressØ pour l affecter à un emploi ne correspondant pas à de telles missions
(CE, Ass., 28 dØcembre 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 XIXe siŁcle et pendant la premiŁre partie du XXe siŁcle, le pouvoir d organisation de l administration reconnu à l autoritØ administrative Øtait trŁs large : il englobait la dØfinition des conditions de recrutement, d emploi, de rØmunØration et de discipline des agents de chaque administration. L organisation des ministŁres Øtait rØglØe par dØcrets, complØtØs d arrŒtØs ministØriels, qui crØaient un certain nombre de statuts d agents publics. Quelques lois ponctuelles sont venues harmoniser certaines rŁgles : en 1921, la loi Roustan a favorisØ la possibilitØ pour les fonctionnaires mariØs d avoir la mŒme rØsidence que leur conjoint ; en 1936, des limites d âge ont ØtØ fixØes pour l ensemble des fonctionnaires.

L Ødiction d un statut gØnØral de la fonction publique en 1946[10] a conduit à dØfinir dans la loi un socle de rŁgles 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 rŁglement. Elle prØvoit à son article 34 que relŁve de la seule compØtence du lØgislateur la dØfinition des garanties fondamentales accordØes aux fonctionnaires civils et militaires de l Œtat . L Ødiction d un statut gØnØral par le lØgislateur ne relŁve donc plus d un choix mais d une exigence constitutionnelle. Les statuts gØnØraux de 1959 et du dØbut des annØes 1980 s inscrivent dans ce cadre. De mŒme que le droit du travail permet de rØØquilibrer le rapport contractuel, par nature dØsØquilibrØ, entre l employeur et le salariØ, ces garanties accordØes au fonctionnaire permettent de fixer un cadre au pouvoir qu a l administration de modifier unilatØralement les rŁgles 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 gØnØral des fonctionnaires.

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

Les garanties fondamentales accordØes aux fonctionnaires par la loi procŁdent d un choix du lØgislateur : il fixe par le statut gØnØral un cadre qu il peut faire Øvoluer. En revanche, à loi constante, le pouvoir rØglementaire doit respecter ce cadre et son pouvoir rØglementaire autonome d organisation de l administration ne lui permet pas d y dØroger pour des cas particuliers non prØvus par la loi (CE, Sect., 7 fØvrier 1936, Sieur X Charles-Emile, n° 43321, Rec. ; cf. la fiche n° 11 Le pouvoir rØglementaire du chef de service).

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

- les droits politiques et sociaux reconnus aux fonctionnaires : libertØ d opinion, droit syndical, droit de grŁve, droit à la protection fonctionnelle, protection contre les discriminations et le harcŁlement, possibilitØs de mobilitØ, etc. ;
- les rŁgles encadrant les pouvoirs de gestion de l administration, notamment le principe du recrutement pour une carriŁre, l appartenance à un corps ou à un cadre d emplois, les rŁgles rØgissant les diffØrentes positions statutaires et les carriŁres ;
- les principaux devoirs du fonctionnaire (service, obØissance, interdiction de cumul, etc.) : le fonctionnaire Øtant placØ dans une situation unilatØrale et non contractuelle, la loi lui offre aussi des garanties en prØcisant les contours de ses principales obligations.

Ces garanties sont prØcisØes et complØtØes par le statut gØnØral de chacune des fonctions publiques. Un acte rØglementaire peut, en outre, ajouter des garanties particuliŁres 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 Œtre modifiØes par des actes rØglementaires.

Le droit de recevoir une affectation conforme à son grade

Parmi ces garanties, il en est une un peu particuliŁre en ce qu elle touche au c ur du pouvoir de gestion unilatØral de l administration : le droit du fonctionnaire de recevoir, dans un dØlai raisonnable, une affectation correspondant à son grade (CE, 8 fØvrier 1961, Sieur X , n° 41171, Rec. ; CE, Ass., 11 juillet 1975, Ministre de l Øducation 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, InØdit ; CE, 23 juillet 2003, M. X , n° 241816, T.).

Le Conseil d État dØduit cette garantie fondamentale de l Øquilibre posØ par les lois statutaires : l administration fixe unilatØralement les conditions statutaires des fonctionnaires et prononce unilatØralement les affectations ; en contrepartie, elle se doit d attribuer à chaque fonctionnaire une affectation correspondant au corps et au grade de l intØressØ et s inscrivant dans la carriŁre pour laquelle celui-ci a ØtØ recrutØ. Le fait de laisser un fonctionnaire sans affectation est fautif et peut, dans certains cas, donner lieu à rØparation (CE, Sect., 20 juin 1952, Sieur Bastide, Rec.). Il en va de mŒme 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 gØnØraux ont, en effet, prØvu une structuration de la fonction publique en corps (ou cadres d emplois pour la fonction publique territoriale) qui sont rattachØs à une ou plusieurs autoritØs de gestion. À chaque corps sont attribuØes certaines compØtences et missions. Si celles-ci peuvent, à la discrØtion du pouvoir rØglementaire, Œtre dØfinies de façon trŁs prØcise ou trŁs large, l affectation doit respecter ce cadre. En outre, les corps et cadres d emplois sont eux-mŒmes divisØs en grades ayant des niveaux hiØrarchiques diffØrents et auxquels peuvent (là encore avec un degrØ de prØcision trŁs variable) Œtre attribuØes des missions propres. Le Conseil d État a jugØ que constitue une garantie fondamentale le droit d un fonctionnaire à Œtre nommØ dans un emploi vacant de son grade (CE, 11 juillet 1975, Ministre de l Øducation nationale c/ Dame X , n° 95293, Rec. ; CE, Ass., 28 dØcembre 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 hiØrarchique. Il n est pas toujours illØgal d affecter un agent sur un emploi occupØ normalement par des agents d un autre corps ou des agents de grade ou catØgorie infØrieure. Mais l administration ne peut pas procØder à n importe quelle affectation : le juge vØrifie que la dØfinition de l emploi et les conditions concrŁtes d exercice sont conformes aux missions du corps et à la vocation du grade.

Ce principe trouve sa limite dans les exceptions fixØes par le lØgislateur lui-mŒme, notamment dans la facultØ de mise à disposition du fonctionnaire auprŁs d autres administrations ou de dØtachement 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 rØglementaire peut, sans aucune habilitation lØgislative, modifier les rapports entre affectation et structuration en corps de la fonction publique de l Etat, rapports qui relŁvent de l organisation du service requis des fonctionnaires appartenant aux diffØrents corps. Ainsi, le dØcret n° 2008-370 du 18 avril 2008 a profondØment modifiØ les frontiŁres de l exercice des fonctions par un fonctionnaire en position d activitØ dans son corps (dite position normale d activitØ, ou PNA). En vertu de ce dØcret, l administration peut dØsormais affecter tout fonctionnaire de l État dans un emploi dØpendant d un autre ministre que le ou les ministres gestionnaires de son corps d appartenance, à condition que l emploi occupØ corresponde aux missions du corps. Auparavant une telle affectation aurait nØcessitØ un dØtachement ou une mise à disposition (voir la fiche 44 PNA). Les garanties procØdurales encadrant les mutations continuent à s appliquer (CE, Ass., 28 dØcembre 2009, Syndicat national du travail, de l emploi et de la formation et autre, n° 316479, Rec.).

FICHE N° 3 :
Les rŁgles statutaires

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

L essentiel

La loi prØvoit que les statuts particuliers des corps et cadres d emplois de la fonction publique doivent Œtre Ødictés par dØcret en Conseil d État. Cependant, au sein des rŁgles fixØes unilatØralement et rØgissant la situation des fonctionnaires, la jurisprudence distingue celles de caractŁre statutaire , Ødictées obligatoirement par dØcret en Conseil d État, des autres.

Les mots du juge

Considérant que la rØpartition des emplois en catØgories pour l attribution de bonifications indiciaires ne constitue pas un ØlØment du classement indiciaire de ces emplois, mais un ØlØment du statut du personnel nommØ à ces emplois, qui ne peut Œtre fixØ, en application de l article 2 de l ordonnance du 4 fØvrier 1959, que par dØcret en Conseil d État
(CE, Ass., 13 fØvrier 1976, Sieur Casanova X , n° 94707, Rec.)

Commentaire

La fonction publique est structurØe en corps et cadres d emplois dotØs de statuts particuliers Ødictés par dØcret en Conseil d État

L Ødiction du statut gØnØral par la loi n° 46-2294 du 19 octobre 1946 a fixØ un socle de rŁgles statutaires communes à tous les fonctionnaires. Ce socle a vocation à Œtre dØclinØ et, dans la mesure permise par la loi, adaptØ pour chaque corps ou cadre d emplois par un statut particulier. DŁs 1946, il a Øté dØcidé que les statuts particuliers seraient fixØs par des rŁglements administratifs pris par le gouvernement. La Constitution du 4 octobre 1958 a confirmØ ce choix en sØparant le domaine de la loi (compØtence du lØgislateur) du domaine du rŁglement (compØtence des autoritØs disposant du pouvoir rØglementaire, en premier lieu le PrØsident de la RØpublique et le Premier ministre). Seules les garanties fondamentales accordØes aux fonctionnaires relŁvent du domaine de la loi : les autres rŁgles applicables aux fonctionnaires comme toutes les rŁgles d organisation de l administration relŁvent du pouvoir rØglementaire (cf. la fiche n° 2 Les garanties fondamentales accordØes par la loi aux fonctionnaires).

Les trois lois statutaires prØvoient que les statuts particuliers des corps ou cadres d emplois sont fixØs par des dØcrets en Conseil d État[11], c est-à-dire des dØcrets d une autoritØ juridique supØrieure aux dØcrets simples. Les statuts de certains corps de la fonction publique d État peuvent, par exception, dØroger à celles des dispositions du statut gØnØral qui ne correspondraient pas aux besoins propres de ces corps ou aux missions que leurs membres sont destinØs à assurer[12].

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

La jurisprudence n a pas interprØtØ cette exigence comme impliquant que toute rŁgle s appliquant aux fonctionnaires soit Ødictée par un dØcret en Conseil d État. Le terme statut prØsente, en effet, une polysØmie. Dans un sens large, le statut s oppose au contrat et fait rØfØrence à un ensemble de rŁgles fixØes unilatØralement par l État pour s appliquer à un ensemble de personnes. Selon cette acception, dŁs lors que le contrat n a pas de place pour l emploi des fonctionnaires, toutes les rŁgles qui les rØgissent 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 hospitaliŁre : art. 5 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

12 Il s agit des corps recrutØs 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 caractŁre technique (art. 10 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984).

le statut ne dØsigne qu une partie de ces rŁgles, celles qui rØgissent les caractØristiques principales du corps : ses missions, la carriŁre que l on y fait et les principales rŁgles de gestion. Le Conseil d État a optØ pour cette conception restrictive et distingue donc entre des rŁgles de caractŁre statutaire , qui ne peuvent Œtre ØdictØes ou modifiØes que par dØcret en Conseil d État, des autres rŁgles, qui peuvent, en principe, Œtre ØdictØes par un dØcret sans avis du Conseil d État. Selon les mots du commissaire du gouvernement Gilles Bachelier, dans ses conclusions sur la dØcision du 5 juin 2002 X (n° 242901, T.), il faut rechercher au cas par cas si [une] mesure a une telle densitØ au regard des droits, des obligations ou des garanties qui sont inhØrents à la qualitØ de fonctionnaire qu elle revŒt un caractŁre statutaire.

Les statuts lØgislatifs donnent quelques exemples de rŁgles statutaires : le classement dans l une des trois catØgories A, B et C fixØes par l article 13 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations de l ensemble des fonctionnaires ; les modalitØs de recrutement ; la hiØrarchie des grades dans chaque corps ; le nombre d Øchelon de chaque grade ; les rŁgles d avancement et de promotion. En revanche, le statut de la fonction publique territoriale prØcise que l Øchelonnement indiciaire des cadres d emplois et emplois (qui sert à la fois au classement hiØrarchique et à la dØtermination du montant du traitement) est fixØ par dØcret et ne constitue donc pas une rŁgle statutaire (art. 6 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984). Pour l État, c est le dØcret n° 48-1108 du 10 juillet 1948 portant classement hiØrarchique des grades et emplois des personnels de l État relevant du rØgime gØnØral des retraites, encore en vigueur, qui prØvoit que cet Øchelonnement est fixØ par dØcret simple aprŁs avis du comitØ technique ou du Conseil supØrieur de la fonction publique d État. En l absence d un dØcret spØcifique, les bornes indiciaires fixØes pour chaque grade des corps de fonctionnaires de l État à l annexe du dØcret du 10 juillet 1948 demeurent encore applicables.

Le Conseil d État a complØtØ cette liste et a dØveloppØ une conception unitaire des rŁgles de caractŁre statutaire pour les trois fonctions publiques. Par la dØcision Sieur Casanova X de 1976, rendu en assemblØe, il a annulØ un dØcret sans avis du Conseil d Etat qui avait fixØ une rŁgle statutaire pour les membres du corps enseignant, en dØcidant que les emplois de direction des collŁges et lycØes seraient classØs en catØgories en fonction de l importance et des difficultØs des Øtablissements, catØgories dont dØpendait ensuite l attribution d une bonification indiciaire.

Par la suite, la jurisprudence a prØcisØles contours du domaine statutaire rØservØau dØcret en Conseil d État

Sont ainsi de caractŁre statutaire :

- les rŁgles de recrutement : on ne peut interdire à un fonctionnaire de se prØsenter à un concours de recrutement du corps auquel il appartient dØjà si le statut ne le prØvoit pas (CE, 2 fØvrier 2005, Institut des ingØnieurs de recherche, n° 261284, T.) ;

- le fait de prØvoir une durØe limitØe pour certaines affectations (CE, 3 octobre 2003, M. X , n° 215180, T. ; CE, 14 octobre 2011, Syndicat national des enseignements de second degrØ, n° 343396, T) ;

- les rŁgles d avancement d Øchelon (CE, 5 mars 1980, Sieur X , n° 14510, T.) ;

- l institution de rŁgles relatives aux affectations : l institution par circulaire de contraintes dans l Ømission et la prise en considØration des v ux d affectation, ou l institution de prioritØs entre les agents, notamment par la mise en place de barŁmes, sont statutaires (CE, 1er mars 1993, ConfØdØration nationale des groupes autonomes de l enseignement public, n° 66141, T. ; CE, 19 mars 2001, SociØtØ des agrØgØs de l universitØ, n° 20434, T. ; CE, 25 janvier 2006, Syndicat des agrØgØs de l enseignement supØrieur et autres, n° 275857, T.) ; la dØcision d un ministre d organiser un concours pour l affection à certains types de poste est illØgale (CE, 4 octobre 1991, M. X , n° 109942, T.) ;

- les obligations des fonctionnaires en matiŁre de rØsidence (CE, 6 dØcembre 1993, Ministre du budget c/ Mlle X , n° 121878, T.) ;

- la fixation d obligations de service pour les agents qui sont gØrØs selon cette modalitØ (CE, 5 octobre 1983, Sieur X , n° 18685 48006, T.)

- les rŁgles relatives à la notation des agents (CE, 19 octobre 2001, Syndicat national des personnels administratifs de l office national des forŒts FO, n° 221754, T. ; CE, 10 novembre 2004, M. X , n° 255409 255557, T.) ;

- certaines indemnitØs font partie des avantages qui ne peuvent Œtre prØvus que par le statut des agents , telles les indemnitØs couvrant les frais de changement de rØsidence (CE, 29 juin 1988, MM. X et Y , n° 55415 55416, T.) ;

Sauf disposition lØgislative spØciale, lorsqu une rŁgle de caractŁre statutaire est ØdictØe par un dØcret sans avis du Conseil d État, par un ministre ou encore par la dØcision d une autre autoritØ (par exemple, le directeur d un Øtablissement 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 annulØe d office par le juge administratif pour incompØtence.

En revanche, ne revŒtent pas un caractŁre statutaire :

- la fixation d indemnitØs ou l attribution d avantages pØcuniaires liØes aux fonctions occupØes et sans incidence sur la carriŁre (CE, assemblØe, 9 novembre 1973, Sieur X , n° 85100, Rec. ; CE, 9 septembre 1994, M. X , n° 133640, T. ; CE, 12 dØcembre 2012, Ministre de la dØfense c/ Mme X , n° 340802, T.) ; de ce point de vue, la censure prononcØe par la dØcision Sieur Casanova est justifiØe par la crØation de vØritables catØgories d affectation à l intØrieur des affectations possibles pour les personnels d un mŒme corps, et non par la seule crØation de bonifications indiciaires pour certains emplois ;

- le fait de prØvoir une consultation du chef de service avant de prononcer certaines affectations sans remettre en cause les rŁgles statutaires rØgissant les mutations (CE, 9 juillet 2003, SNASUB, n° 237021, T.) ;

- l Ødiction de rŁgles ne rØgissant que certains emplois indØpendamment du corps, voire la crØation d un vØritable statut d emploi, qui ne rØgissent que des emplois et non la carriŁre (CE, 22 fØvrier 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 rØglementaires d application nØcessaires

CE, 13 juillet 1962, Sieur Kevers-Pascalis, Rec.
CE, Ass., 27 novembre 1964, Ministre des finances et des affaires Øconomiques 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 rØglementaires qui permettent l application des lois. En matiŁre de fonction publique, la loi renvoie largement à des dØcrets la dØtermination des rŁgles rØgissant les fonctionnaires. Le Gouvernement dispose d un dØlai raisonnable, d environ six mois, pour prendre les dØcrets nØcessaires à l application d une nouvelle loi, sauf si celle-ci mØconnaît les engagements internationaux de la France, en particulier le droit de l Union europØenne.

Les mots du juge

ConsidØrant que, si le dØcret du 19 dØcembre 1945 portant rŁglement d administration publique pour l application de l ordonnance du 15 juin 1945 au ministŁre de la production industrielle n a pas dØfini les modalitØs de reclassement des candidats empŒchØs d accØder aux services publics et issus d un concours normal, cette circonstance ne saurait avoir pour effet de priver le requØrant du bØnØficier des dispositions de l ordonnance du 15 juin 1945 qui lui sont applicables ; qu il incombe seulement à l autoritØ compØtente de prendre les dispositions rØglementaires nØcessaires pour l application de ladite ordonnance aux agents intØressØs
(CE, 13 juillet 1962, Sieur Kevers-Pascalis, Rec.)

ConsidØrant qu en prØvoyant qu un second dØcret devait dØterminer les modalitØs de coordination entre [le rØgime de retraites complØmentaires des assurances sociales pour certaines catØgories d agents de l État non titulaires] qu il instituait et ceux visØs en son article 2, le dØcret du 12 dØcembre 1951 a conférØ aux intØressØs qui avaient accompli des services relevant de rØgimes de retraites diffØrents le droit de voir leur situation au regard de ces divers rØgimes de retraites fixØe de façon prØcise par un texte rØglementaire ; que si le gouvernement conservait la facultØ d abroger, s il le jugeait opportun, l article 13 prØcitØ du dØcret du 12 dØcembre 1951 [prØvoyant l adoption d un dØcret complØmentaire], il avait par contre, en l absence d une telle mesure d abrogation, l obligation d assurer la pleine application de ce dØcret en prenant dans un dØlai raisonnable, qui est en l espŁce largement dØpassØ, le texte complØmentaire qui y Øtait expressØment prØvu ; qu une abstention aussi prolongØe Øquivaut 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 responsabilitØ de l État
(CE, Ass., 27 novembre 1964, Ministre des finances et des affaires Øconomiques c/ Dame veuve Renard, Rec.)

ConsidØrant qu en vertu de l article 21 de la Constitution, le premier ministre assure l exØcution des lois et exerce le pouvoir rØglementaire sous rØserve de la compØtence conférØe au prØsident de la RØpublique pour les dØcrets dØlibØrØs en Conseil des ministres par l article 13 de la Constitution ; que l exercice du pouvoir rØglementaire comporte non seulement le droit, mais aussi l obligation de prendre dans un dØlai raisonnable les mesures qu implique nØcessairement l application de la loi, hors le cas oø 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 systŁme juridique, il est admis que le lØgislateur Ødicte des lois qui ne sont pas applicables par elles-mŒmes mais qui nØcessitent l Ødiction de normes complØmentaires pour pouvoir Œtre appliquØes. En l absence de prØcisions contraires dans la loi, il s agit de dØcrets dits dØcrets d application .

La loi doit, en principe, Œtre appliquØe dŁs son entrØe en vigueur, quand bien mŒme elle aurait prØvu des dØcrets d application. Ces actes prØciseront et faciliteront l application de la norme lØgislative sans, pour autant, faire obstacle à son entrØe 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 tØlØtravail, a ØtØ jugØ applicable alors mŒme que le dØcret d application auquel renvoyait cet article n avait pas ØtØ pris (CE, 25 novembre 2015, n° 389598, InØdit). Ce n est donc que lorsque l application de la loi est vØritablement impossible que son entrØe en vigueur est repoussØe jusqu à l adoption des dØcrets requis pour son application (CE, 28 mai 2003, M. X , n° 247492, T.).

Il y a eu, au dØbut du XX^{e} siŁcle, un dØbat doctrinal pour savoir si dans une telle situation le Gouvernement Øtait dans l obligation d utiliser son pouvoir rØglementaire pour permettre l entrØe en vigueur de la loi ou s il disposait d un pouvoir discrØtionnaire. La dØcision Kevers-Pascalis du 13 juillet 1962 (CE, 13 juillet 1962, Rec.) a dØfinitivement tranchØ la question en annulant comme illØgal le refus du Gouvernement d Ødicter les rŁglements nØcessaires à l application d une ordonnance du 15 juin 1945 qui avait crØØ un rØgime spØcial pour les candidats à la fonction publique ayant ØtØ empŒchØs d y accØder du fait de la seconde guerre mondiale, rŁglements qui n avaient jamais ØtØ pris. Le pouvoir exØcutif ayant la mission d assurer l application de la loi, son premier devoir est de rendre possible son exØcution en prenant les actes rØglementaires nØcessaires. Il en va de mŒme lorsqu un rŁglement administratif en vigueur nØcessite, pour son application, l intervention d un autre rŁglement (CE, Sect., 13 juillet 1951, Union des anciens militaires titulaires d emplois rØservØs à la SNCF, Rec.).

En 1964, pour la premiŁre fois, le Conseil d État jugea que l absence d Ødiction de dØcrets nØcessaires à l application d une loi engage la responsabilitØ de l État si cette carence a causØ un prØjudice direct et certain à une personne qui aurait dß bØnØficier des dispositions dont l application a ØtØ rendue impossible (CE, Ass., 27 novembre 1964, Ministre des finances et des affaires Øconomiques c/ Dame veuve Renard, Rec.). Cette jurisprudence a trouvØ à s appliquer en matiŁre de fonction publique : ainsi, le Conseil d État a jugØ que l absence de publication de textes rØglementaires dans un dØlai raisonnable permettant la titularisation d un agent contractuel est constitutive d une faute de nature à engager la responsabilitØ de l État (CE, 11 mars 2009, M. X , n° 305274, T.). Peut Œtre indemnisØe une perte de chance d Œtre titularisØ, d Œtre promu au grade supØrieur et de bØnØficier d un montant de pension plus ØlevØ que celui effectivement perçu.

Selon la formule de la dØcision Association France nature environnement (CE, 28 juillet 2000, n° 204024, Rec.), le Gouvernement dispose d un dØlai raisonnable pour prendre les dØcrets d application nØcessaires. Ce dØlai est gØnØralement estimØ à environ six mois à compter de la promulgation de la loi.

La seule limite de cette obligation tient au cas oø la loi mØconnaîtrait un engagement international de la France, notamment le droit de l Union europØenne. Dans un tel cas, le Gouvernement a, au contraire, l obligation de ne pas appliquer cette loi et, par consØquent, de ne pas prendre les dØcrets d application correspondants (CE, 24 fØvrier 1999, Association de patients de la mØdecine 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 crØation d une fonction publique territoriale unique pose une difficultØ particuliŁre : comment gØrer une unitØ de statut, de carriŁre et de gestion pour des personnels employØs dans des dizaines de milliers de collectivitØs territoriales qui s administrent librement ? Le lØgislateur a donc crØØ un cadre statutaire particulier qui rØpartit les compØtences de gestion des fonctionnaires entre les collectivitØs et des centres de gestion qui leur sont communs.

Les mots du juge

ConsidØrant que si, en vertu de l article 72 de la Constitution, les collectivitØs territoriales s administrent librement par des conseils Ølus , chacune d elles le fait dans les conditions prØvues par la loi ; qu aux termes de l article 34 de la Constitution la loi dØtermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivitØs locales, de leurs compØtences et de leurs ressources ;
ConsidØrant que, sous rØserve de dØterminer 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 collectivitØs territoriales, attribuer compØtence à des centres de gestion composØs d Ølus de ces collectivitØs pour effectuer des tâches de recrutement et de gestion de leurs personnels ; qu elle pouvait rendre obligatoire, sous certaines conditions, l affiliation de collectivitØs à ces centres, dŁs lors que l autoritØ territoriale se prononce librement sur les crØations et suppressions d emplois, procŁde à la nomination aux grades et emplois de la fonction publique territoriale, dØcide des positions statutaires, de la notation, de l avancement d Øchelon et des propositions d avancement de grade, dispose dans les conditions du droit commun de la fonction publique du pouvoir disciplinaire et, aprŁs observation de la procØdure lØgale, de la possibilitØ de licenciement pour insuffisance professionnelle ; que l autoritØ territoriale n est privØe 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 alinØa de l article 110 ; qu en consØquence les limitations de recrutement d agents non titulaires prØvues par l article 3 et l obligation d affiliation à des centres de gestion prØvue 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 crØation d une fonction publique de carriŁre unique pour les collectivitØs territoriales posait des difficultØs spØcifiques

Si le premier statut unifiØ de la fonction publique d État a ØtØ adoptØ en 1946, celui de la fonction publique territoriale ne l a ØtØ qu en 1983 et 1984. L application des principes de la fonction publique d État aux dizaines de milliers de collectivitØs territoriales pose en effet des difficultØs spØcifiques : comment concilier le principe d un recrutement par concours pour une carriŁre dans un cadre d emplois commun à toutes les collectivitØs

territoriales avec l autonomie de gestion de chacune de ces collectivitØs ? Comment garantir la mobilitØ à l intØrieur de cette unique fonction publique ? La dØfinition d un unique statut rendait nØcessaire que certains actes de recrutement et de gestion soient mis en commun et accomplis par des structures extØrieures et communes aux collectivitØs : les centres de gestion, qui ont le statut d Øtablissements publics.

Le lØgislateur a dØfini un partage des rôles entre les collectivitØs et les centres de gestion

Larticle 72 de la Constitution du 4 octobre 1958 garantit la libre administration des collectivitØs territoriales. Cependant, cette libertØ n emporte pas la compØtence de ces collectivitØs pour dØterminer leurs missions, leur organisation et leurs rŁgles de gestion : le cadre de la libre administration est tracØ par la loi. Selon le Conseil constitutionnel, l article 34 rØserve au lØgislateur la dØtermination des principes fondamentaux de la libre administration des collectivitØs territoriales, de leurs compØtences 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 posØes à la libertØ de gestion de ces collectivitØs rØpondent à des fins d intØrŒt gØnØral 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 fixØ par le lØgislateur et complØtØ par un ensemble de dØcrets statutaires. Les collectivitØs territoriales (CE, 9 dØcembre 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 incompØtents pour Ødicter eux-mŒmes des rŁgles de caractŁre statutaire relatives à leurs agents, cette compØtence ressortissant au gouvernement qui l exerce par voie de dØcrets en Conseil d État (cf. la fiche n° 4 Les rŁgles statutaires).

Le lØgislateur a dØfini un Øquilibre entre, d une part, les actes de gestion qui relŁvent des centres de gestion et s imposent aux collectivitØs et, d autre part, ceux qui sont laissØs à la libre administration de ces collectivitØs. En principe, c est aux centres de gestion et non aux collectivitØs que revient la tâche d organiser le recrutement des fonctionnaires par concours. Ils sont Øgalement chargØs de gØrer les fonctionnaires territoriaux entre deux affectations ou au retour d une mobilitØ ou d une disponibilitØ. 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) prØvoit que le recrutement d agent contractuel est rØservØ à certains cas dans lesquels il n est pas possible de recourir au vivier des fonctionnaires recrutØs par les centres de gestion. Ce cadre est complØtØ par le contrôle de lØgalitØ du prØfet, lequel peut dØfØrer au juge administratif les actes de gestion concernant les fonctionnaires qu il estime illØgaux.

Cet Øquilibre a ØtØ validØ par le Conseil constitutionnel lorsqu il a examinØ 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 dØcision repose sur trois ØlØments : le fait que les collectivitØs gardent un rØel pouvoir de gestion des fonctionnaires qu elles recrutent à l intØrieur 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 collectivitØs ou Øtablissements publics de coopØration intercommunale (EPCI) les plus importants, certains emplois de directeurs gØnØraux.

Les articles 13 à 27-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 dØfinissent les missions, l organisation et le fonctionnement des centres de gestion, Øtablissements publics locaux à caractŁre administratif (sous rØserve des compØtences du Centre national de la fonction publique territoriale, qui notamment organise les concours et les examens professionnels pour les fonctionnaires de catØgorie A+ et assure leur prise en charge en cas de dØcharge de fonction.) En l Øtat du droit, le partage des responsabilitØs est le suivant.

Les missions des centres de gestion exercØes au profit de toutes les collectivitØs et de leurs Øtablissements publics :

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

Ils assurent Øgalement :

- la publicitØ des listes d aptitude ;
- la publicitØ des crØations et vacances d emplois de catØgorie A, B et C ;
- l aide aux fonctionnaires à la recherche d un emploi aprŁs une pØriode de disponibilitØ ;
- la prise en charge des fonctionnaires momentanØment privØs d emploi de catØgorie A, B et C ;
- le reclassement des fonctionnaires de catØgorie A, B et C devenus inaptes à l exercice de leurs fonctions ;
- une mission gØnØrale 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 exercØes exclusivement au profit des collectivitØs et Øtablissements affiliØs :

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

En complØment des missions exercØes pour toutes les collectivitØs, ils assurent Øgalement principalement :

- la publicitØ des tableaux d avancement ;
- le fonctionnement des CAP, des comitØs sociaux territoriaux et des conseils de discipline ;
- le secrØtariat des commissions consultatives paritaires, des commissions de rØforme, des comitØs mØdicaux ;
- le calcul du temps de crØdit syndical et le remboursement des charges salariales affØrentes à l utilisation de ce crØdit ;
- une assistance juridique statutaire y compris pour la fonction de rØfØrent dØontologue ;
- une assistance au recrutement et un accompagnement individuel de la mobilitØ des agents hors de leur collectivitØ ou Øtablissement d origine ;
- une assistance à la fiabilisation des comptes de droits en matiŁre de retraite ;
- l accompagnement personnalisØ pour l Ølaboration du projet professionnel des agents.

Par ailleurs, les centres de gestion peuvent exercer des missions complØmentaires à la demande d une collectivitØ territoriale ou de l un de ses Øtablissements publics, affiliØs ou non affiliØs telles que :

- la mise à disposition d agents pour remplacer des agents momentanØment indisponibles, effectuer des missions temporaires ou occuper un emploi vacant qui ne peut Œtre immØdiatement 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 complØmentaire ;
- 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 Øtablissements publics qui emploient moins de 350 fonctionnaires titulaires et stagiaires à temps complet, ainsi que pour les communes et leurs Øtablissements publics n employant que des fonctionnaires à temps non complet, les offices publics de l habitat et les caisses de crØdit municipal employant des fonctionnaires territoriaux.

Les autres collectivitØs et Øtablissements peuvent s affilier volontairement.

Il existe en principe un centre de gestion dans chaque dØpartement, quelques centres interdØpartementaux ou spØcifiques existants sur le territoire.

Certaines missions des centres de gestion peuvent Œtre exercØes en commun à un niveau rØgional, notamment l organisation des concours et examens professionnels relatifs aux cadres d emplois de catØgorie A et B.

Les centres de gestion sont principalement financØs par une cotisation obligatoire payØe par les collectivitØs et Øtablissements affiliØs.

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 modifiØe portant droits et obligations des fonctionnaires dispose que le grade est distinct de l emploi et dØfinit le grade comme le titre qui confŁre à son titulaire vocation à occuper l un des emplois qui lui correspondent. Le grade est un titre attribuØà un fonctionnaire qui s inscrit dans un corps ou un cadre d emplois, lui-mŒme dØfini par un statut. Il a donc un caractŁre statutaire tandis que l emploi, notion administrative et budgØtaire, relŁve de l organisation du service. Le grade se caractØrise par ses rŁgles d accŁs au mØrite. À ainsi le caractŁre d un grade une classe dont l accŁs se fait au choix ou par sØlection professionnelle et non à l ancienneto

Les mots du juge

Considørant qu un fonctionnaire public ne peut, en rŁgle gønørale, Œtre affectØ qu à un emploi correspondant à son grade
(CE, 8 føvrier 1961, Sieur Bourianne, Rec.)

Considørant que ( ) la classe exceptionnelle, ( ) dont l accŁs est subordonnØ à l inscription à un tableau d avancement dressØ exclusivement au choix, prøsente en røalitØ le caractŁre d un grade au sens des dispositions du statut gønøral des fonctionnaires
(CE, 18 mars 1959, Sieur Sarfati, Rec.)

Commentaire

La distinction du grade et de l emploi est un des principes du statut gønøral de la fonction publique. Elle entraîne à la fois corrØlation et sØparation : sØparation car le fonctionnaire est titulaire de son grade tandis que l emploi est à la disposition de l administration ; corrØlation car à chaque grade correspond certains emplois, ce qui entraîne des obligations particuliŁres pour l administration.

Le grade dØtenu par un fonctionnaire ne lui donne pas un droit à occuper un emploi dØterminØ mais l administration est tenue de le nommer à un emploi compatible avec le grade qu il dØtient

Un rødacteur principal de la ville de PØrigueux, avait ØtØ nommØ au service des abattoirs municipaux, visiblement contre son grØ. Il soutenait que la dØcision de mutation Øtait illØgale au motif que ce service ne comportait pas d emploi de son grade. Le Conseil d État, aprŁs avoir rappelØ le principe qu à chaque grade correspond certains emplois, annule la dØcision de mutation aprŁs avoir constatØ qu aucun emploi correspondant au grade de rødacteur principal dont le requørant Øtait titulaire n existait au service des abattoirs (CE, 8 føvrier 1961, M. Bourianne, Rec.). Le grade, outre son caractŁre 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 propriØtaire de son grade mais pas de son emploi . La force de cette garantie est cependant trŁs variable selon la rødaction des statuts du corps ou du cadre d emploi. Certains corps correspondent à des fonctions spØcialisØes tandis que d autres, tels les corps des secrØtaires administratifs, attachØs d administration ou administrateurs civils, ont des vocations gønøralistes qui peuvent correspondre à un trŁs grand nombre d emplois. A l intØrieur du corps, la distinction selon les grades peut correspondre à des emplois røellement distincts, notamment parce que le grade correspond directement à un niveau hiørarchique ou parce que les emplois sont røpartis entre les grades, mais

il y a Øgalement des corps oø les mŒmes emplois peuvent Œtre occupØs par des titulaires de diffØrents grades.

Le contrôle qu exerce le juge de l excŁs de pouvoir lorsqu un fonctionnaire soutient que l emploi sur lequel il a ØtØ nommØ ne correspond pas à son grade, est un contrôle entier de l erreur d apprØciation (CE, 19 juillet 1991, Ministre du budget c/ Mme X , n° 81865, T.).

Autre consØquence de la distinction du grade et de l emploi, plus inattendue : aucune disposition ni aucun principe gØnØral applicable aux fonctionnaires civils n interdit à l administration de prØvoir qu un fonctionnaire puisse Œtre placØ sous les ordres d un agent de grade infØrieur au sien (CE, 11 dØcembre 1996, DØpartement du Val-d Oise, n° 152106, Rec.).

La classe est assimilØe au grade lorsqu elle s acquiert au mØrite, selon la procØdure fixØe pour l avancement de grade.

Les grades sont parfois dØcoupØs en classes. En vertu d une disposition commune aux statuts de chacune des trois fonctions publiques, la classe est assimilØe au grade lorsqu elle s acquiert selon la procØdure fixØe pour l avancement de grade . Au-delà des termes, il convient donc de regarder les rŁgles d avancement pour savoir si une classe n est pas en rØalitØ un grade. Par la dØcision Sarfati du 18 mars 1959, le Conseil d État a jugØ que des rŁgles d avancement au mØrite caractØrisent un passage de grade et non de classe (CE, 18 mars 1959, Rec.).

Une dØcision rØcente a permis de conforter cette jurisprudence et d en prØciser la portØe en matiŁre de rØmunØration (CE, 13 janvier 2010, M. A , n° 317997, T.). Un agent contractuel, employØ d une collectivitØ territoriale et bØnØficiant de la rØmunØration affØrente au troisiŁme chevron du groupe hors Øchelle A, avait ØtØ admis au concours externe d ingØnieur des services territoriaux. À l occasion de sa titularisation, l administration l avait reclassØ dans la seconde classe du grade d ingØnieur en chef de premiŁre catØgorie, à l Øchelon le plus ØlevØ, avec une rØmunØration affØrente à l indice brut 771. Or, la rØmunØration antØrieure de l agent Øtait Øquivalente au grade d ingØnieur en chef de premiŁre catØgorie de premiŁre classe. Il soutenait donc que sa titularisation aurait dß Œtre effectuØe à ce rang, à tout le moins que sa rØmunØration aurait dß Œtre calculØe sur cette rØfØrence.

Si la diffØrence entre la seconde classe et la premiŁre est une diffØrence de grade, l agent ne peut y prØtendre au bØnØfice du concours qu il a rØussi. La question Øtait donc de savoir si le passage de la seconde classe à la premiŁre constituait un passage de grade auquel il ne pouvait alors prØtendre du fait de sa titularisation. Le Conseil d État a relevØ que, dans le corps en question, le passage à la premiŁre classe se faisait au choix aprŁs inscription à un tableau d avancement, c est-à-dire au mØrite et non à l ancienneto. Or, l accŁs au mØrite caractØrise un passage de grade. Ni le reclassement ni la rØmunØration de l agent ne pouvant s effectuer à un grade supØrieur à celui auquel la titularisation lui donne droit, son reclassement comme sa rØmunØration ne peuvent, dŁs lors, s opØrer qu au dernier Øchelon de la seconde classe, au niveau le plus haut du grade auquel il a accØdØ du fait de sa rØussite au concours.

Il faut noter que, si tant la promotion de grade que de classe implique l accŁs à une Øchelle indiciaire de rØmunØration plus ØlevØe, la rŁgle 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 mŒme du changement de classe qui n implique jamais par elle-mŒme 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 Œtre distinguØ d un statut de corps (ou « statut particulier »). Pour qu un ou plusieurs emplois puissent relever d un mŒme ensemble de rŁgles juridiques et faire l objet d un statut qui rØgisse la situation des agents qui les occupent « sans mØconnaître le principe de sØparation du grade et de l emploi » il faut, d une part, que la spØcificitØ des missions concernØes par rapport aux fonctions auxquelles les corps et grades existants donnent vocation à accØder soit caractØrisØe et, d autre part, qu une large ouverture des viviers de candidats pouvant prØtendre à l accŁs au statut d emploi soit assurØe. QualifiØ de mesure d organisation du service, le statut d emploi permet d assurer une adØquation plus fine entre les compØtences dØtenues par certains agents et l exercice de missions trŁs spØcifiques.

Les mots du juge

« Considørant que le principe d ØgalitØ de traitement ne s applique qu aux agents appartenant à un mŒme corps, et qu aucune disposition lØgislative, ni aucun principe gønøral de droit n oblige le pouvoir rØglementaire, lorsqu il dØfinit le statut de certains emplois, de subordonner l accŁs à ces derniers par des fonctionnaires appartenant à des corps difførents, 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 dØgagØ progressivement des critŁres prØcis permettant, pour l administration qui Ødicte un statut d emploi, d affiner sa gestion des ressources humaines sans mØconnaître les principes statutaires de la fonction publique

Le statut d emploi constitue un outil de gestion des ressources humaines dØsormais solidement ancrØ dans l histoire de la fonction publique. Dans une dØcision fondamentale (CE, Ass., 13 føvrier 1976, Casanova X , n° 94707, Rec. ; voir aussi CE, 22 avril 1977, Sieur X , n° 00350, Rec.), le Conseil d État a considørØ que la rØpartition d emplois en catØgories « en l espŁce, pour l attribution de bonifications indiciaires difførenciØes » constituait un ØlØment du « statut du personnel nommØ à ces emplois ». En d autres termes, cette dØcision a rendu possible l Ødiction de rŁgles juridiques spøciales attachØes à des emplois, autrement dit un statut d emplois, parallŁlement aux statuts particuliers des corps. Comme l a rØcemment rappelØ un avis d AssemblØe gønørale (CE, avis, AssemblØe gønørale, 22 janvier 2015, n° 389396), certains principes relatifs aux statuts d emploi, tels que l importance d une difførenciation fonctionnelle suffisamment marquØe par rapport aux emplois auxquels donnent normalement accŁs les corps de fonctionnaires ayant vocation à y Œtre nommøs ou la nØcessitØ de dØfinir un « vivier » suffisamment large pour que les emplois rØgis par le statut ne soient pas røservøs aux membres d un corps, ont ØtØ progressivement dØgagøs par le Conseil d État.

Au prØalable, il est indispensable de distinguer le statut d emploi du statut de corps (ou « statut particulier »). Comme l a rØcemment rappelØ le Conseil d État (CE, avis, AssemblØe gønørale, 22 janvier 2015, n° 389396), un « statut d emploi, à la difførence d un statut de corps qui rØgit la situation de l ensemble des agents d un mŒme corps indØpendamment de l emploi occupØ, gouverne la carriŁre d un agent dans un emploi dØterminØ et pour la durØe d occupation de cet emploi. L agent nommØ dans un emploi relevant d un statut d emploi est dØtachØ de son corps d origine pour occuper cet emploi. Il peut Œtre mis fin à ses fonctions dans son emploi, l agent revenant alors dans son corps d origine. Le statut d emploi dØfinit notamment le contenu de l emploi, le dØroulement de

carriŁre dans l emploi (nombre d Øchelons et durØe de passage dans les Øchelons), les grades des corps dont les titulaires ont vocation à occuper l emploi, les modalitØs de nomination et de classement dans l emploi ainsi que, le cas Øchéant, les limites de durØe d occupation de l emploi . En d autres termes, il s agit de doter d un statut propre un ou plusieurs emplois[13] prØcisØment cibléØs et relevant d un mŒme ensemble fonctionnel, en dØterminant qui peut y accØder, sous quelles conditions et avec quelle rØmunØration indiciaire.

L un des traits essentiels du statut d emploi est la prØcaritØ de la situation de l agent qui en bØnØficie. Dans une situation oø 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 dØroulement de sa carriŁre est organisØ indØpendamment de l emploi qu il occupe. Un statut d emploi est, par nature, distinct d un statut de corps puisqu il s agit de rØgir la carriŁre d un ou plusieurs agents dans un emploi ou un groupe d emplois identifiØs. La contrepartie consiste, pour l administration, à pouvoir lui retirer à tout moment et dans l intØrŒt du service cet emploi. MŒme si cette situation prØcaire ne prive pas le fonctionnaire concernØ de toute garantie, notamment de la possibilitØ de consulter son dossier avant que le retrait d emploi soit arrŒtØ (CE, 31 janvier 2014, Mme A B , n° 369718, T.), l absence de continuitØ dans l exercice des fonctions est un critŁre fondamental du statut d emploi. En effet, pouvoir Œtre reversØ à tout moment dans son corps ou cadre d emplois d origine pour exercer à nouveau un mØtier diffØrent n offre pas la mŒme garantie que d avoir la certitude, sauf motif disciplinaire ou choix personnel de l intØressØ, de pouvoir bØnØficier des rŁgles de son statut de corps jusqu à la fin de sa carriŁre.

S il n est pas toujours aisØ de distinguer, parmi les statuts d emplois, les faux nez qui relŁvent en rØalitØ d une logique statutaire (et non fonctionnelle), le Conseil d État estime que la dØfinition des missions liØes à ces emplois doit Œtre suffisamment diffØrenciØe de celles des grades des corps dont les membres ont vocation à Œtre dØtachØs sur ces emplois soumis à un statut propre. Lorsque le recours au statut d emploi ne permet pas de prØciser la particuliŁre spØcificitØ 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 Œtre compØtemment ØdictØ par un ministre ou un chef de service (CE, 14 octobre 2011, Syndicat national des enseignements de second degrØ, n° 343396, T.). Cette distinction doit Œtre d autant plus fondØe et rigoureuse que l exercice de fonctions soumises à un statut d emploi s accompagne en principe, pour les agents concernØs, d un traitement indiciaire et d un rØgime indemnitaire gØnØralement beaucoup plus favorables que ceux affØrents au grade correspondant à la fonction.

Juridiquement, la distinction entre statut d emploi et statut particulier emporte une consØquence importante : en effet, une disposition figurant dans un statut d emploi, qui permet au fonctionnaire intØressØ de bØnØficier de certains avantages en termes à la fois de responsabilitØs et de rØmunØration, n a pas le caractŁre d une rŁgle statutaire au sens de l article 8 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 (CE, 22 fØvrier 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 Œtre soumise à l avis du comitØ technique compØtent (ou, le cas Øchéant, dans la fonction publique d État, du Conseil supØrieur de la fonction publique d État, lorsque les dispositions du statut d emploi sont communes à plusieurs dØpartements ministØriels). L article 36 du dØcret n° 2011-184 du 15 fØvrier 2011 a simplifiØ la compØtence des comitØs techniques en matiŁre de statut d emploi. Il prØvoit que le comitØ technique ministØriel est seul compØtent pour l examen des statuts d emploi du dØpartement ministØriel. Pour les statuts d emploi des Øtablissements publics, autres qu à caractŁre industriel et commercial, c est le comitØ technique de proximitØ de l Øtablissement qui est compØtent.

Toutefois, si la premiŁre condition relative à la particuliŁre spØcificitØ des missions concernØes par rapport aux fonctions auxquelles les corps et grades existants donnent vocation à accØder est nØcessaire, elle n est pas suffisante : il faut Øgalement une large ouverture des viviers de candidats pouvant accØder au statut d emploi (d oø l existence de mesures de publication des emplois au Journal officiel de la RØpublique française prØvue par certains statuts d emplois[14]). 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 dØcret portant statut d emploi de chef de mission de l inspection gØnérale de l administration de l Øducation nationale et de la recherche, n° 391375). Dans sa dØcision prØcitØe du 25 octobre 1996, le Conseil d État a ainsi jugØ qu eu Øgard notamment à la spØcificitØ des fonctions de direction d Øtablissement d enseignement technique agricole et à la diversitØ des corps au sein desquels sont recrutØs ceux qui les exercent, les auteurs du dØcret attaquØ [n ont pas] commis une erreur manifeste d apprØciation en dØcidant d instituer pour les emplois de direction desdits Øtablissements un statut d emploi et non un statut de corps .

Eu Øgard à la logique fonctionnelle qui fonde le statut d emploi qui rØpond à la volontØ de diversifier les viviers de recrutement et de trouver une meilleure adØquation des compØtences aux fonctions , le Conseil d État a estimØ que la crØation d un statut d emploi ne porte pas atteinte au principe constitutionnel d Øgalitø de traitement entre agents d un mŒme corps (CE, 24 mars 1999, Syndicat national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales, n° 187271, T.). Il en dØduit 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 consultØe qu au titre de la demande de dØtachement du fonctionnaire devant exercer les fonctions soumises à un statut d emploi.

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

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

14 Cf. par exemple le dØcret 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 accŁs aux emplois d un statut d emploi, qui relŁve d une analyse du contenu prØcis du statut d emploi, peut conduire à vider de son sens la notion de condition d accŁs à ces emplois. C est pourquoi, il exerce un contrôle de l erreur manifeste d apprØciation sur les dispositions dØfinissant les catØgories de fonctionnaires parmi lesquels peuvent Œtre choisis les titulaires de l emploi rØgi par un statut d emploi (CE, Sect., 13 novembre 2002, Mme X et autres, n° 239064, Rec.).

Le Conseil d État a Øgalement admis qu aucun principe n imposait d ouvrir le statut d emploi à des fonctionnaires de corps diffØrents, mŒme s ils relevaient d une mŒme catØgorie et de l autoritØ du mŒme ministre (CE, 10 novembre 1978, Union professionnelle des cadres administratifs supØrieurs des services extØrieurs de la construction, n° 82648, Rec.). Autrement dit, dŁs lors que la crØation d un statut d emploi relŁve d une mesure d organisation du service, le principe d ØgalitØ de traitement des fonctionnaires d un mŒme 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 Øtat de cause, le Conseil d État exerce son contrôle juridictionnel sur le terrain de l erreur manifeste d apprØciation dans le choix des critŁres retenus pour l accŁs aux emplois.

La crØation d un statut d emploi permet de rØpondre à des besoins fonctionnels trŁs variØs

La souplesse laissØe à l administration dans la fixation de l Øchelonnement indiciaire attachØ à l emploi soumis à un statut (qui assure à son occupant une progression indiciaire qui lui est propre) et la prØcaritØ de cet emploi (qui peut Œtre retirØ à tout moment dans l intØrŒt du service) rend le statut d emploi adaptØ pour les emplois de direction ou d encadrement.

Historiquement, il peut Œtre d ailleurs admis que le premier statut d emploi remonte au dØcret n° 55-1226 du 19 septembre 1955 portant rŁglement 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 ØtØ abrogØ par le dØcret 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 dØcret n° 2019-1594 du 31 dØcembre 2019 relatif aux emplois de direction de l Etat.

Toutefois, si l intØrŒt du statut d emploi est de permettre une diversification des viviers pouvant prØtendre à l exercice de certaines fonctions, d une part, et que son objet consiste à dØfinir les conditions de nomination dans un emploi donnØ et organiser le dØroulement de la carrière des agents qui y sont nommØs, il faut ajouter, sur le plan fonctionnel, qu aucune condition tenant à la nature des fonctions susceptibles d Œtre rØgies par un statut d emploi n a ØtØ fixØe par le Conseil d État (CE, avis, AssemblØe gØnØrale, 22 janvier 2015, n° 389396).

Plusieurs textes montrent que les missions soumises à statut d emploi peuvent Øgalement correspondre à des fonctions d animation, d expertise ou de conseil. Ce constat, initialement Øtabli au sein de la fonction publique d État[15], 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 ØtØ introduit par le lØgislateur pour que les employeurs territoriaux puissent crØer des statuts d emplois, distincts du dispositif des emplois fonctionnels de direction mentionnØs à l article 53 de la mŒme loi, dans des conditions fixØes par dØcret en Conseil d État, pour assurer l exercice des missions d encadrement, d expertise ou de direction de projet.

15 Cf. par exemple le dØcret 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 Øtablissements 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 1er 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

procØder d une apprØciation objective, pour chaque ministŁre, de la situation dØmographique du corps ainsi que des besoins particuliers, notamment en termes de compØtences ou d encadrement, correspondant aux fonctions affØrentes aux grades d avancement
(CE, AssemblØe gØnØrale, Avis des 28 et 29 mai 2009, n° 382741)

Commentaire

Les corps de fonctionnaires peuvent avoir une dimension interministØrielle

Les corps de fonctionnaires sont traditionnellement ministØriels : le recrutement et la gestion de tous les membres du corps relŁvent d un mŒme ministre et ses agents sont affectØs par lui dans les services qui dØpendent hiØrarchiquement de ce ministre. L unitØ de l État a depuis longtemps conduit à donner à certains corps une dimension interministØrielle : ses agents peuvent Œtre gØrØs par plusieurs ministres ou affectØs dans les services de ministres diffØrents.

Il existe ainsi des corps interministØriels par affectation : tous les agents sont gØrØs par le mŒme ministre mais ils peuvent Œtre affectØs dans les services d autres ministres. Il en va ainsi, par exemple, pour le corps des bibliothØcaires[16] qui constitue un corps à vocation interministØrielle relevant du ministre chargØ de l enseignement supØrieur (art. 1er du dØcret n° 92-29 du 9 janvier 1992 modifiØ portant statut particulier du corps des bibliothØcaires). L autoritØ d affectation n a qu un pouvoir rØsiduel de gestion liØ à l affectation dans ses services.

Il existe Øgalement des corps interministØriels non seulement par les affectations des agents mais par la gestion de leurs carriŁres. De nombreuses constructions sont possibles. Un corps peut Œtre commun à deux ministŁres et les actes de gestion des carriŁres sont alors pris conjointement par les deux ministres. Par exemple, le corps des ingØnieurs des eaux, ponts et forŒts est interministØriel et relŁve des ministres chargØs de l agriculture et du dØveloppement durable (art. 1er du dØcret n° 2009-1106 du 10 septembre 2009 portant statut particulier du corps des ingØnieurs des ponts, des eaux et des forŒts). En pratique, on procŁde alors souvent à une dØlØgation à une unique autoritØ.

Plus rØcemment, ont ØtØ crØØs des corps interministØriels à gestion ministØrielle, dits CIGeM, dont les deux plus connus sont celui des attachØs[17] et celui des administrateurs civils[18] : les rŁgles statutaires y sont communes à tous les agents mais ceux-ci peuvent Œtre affectØs dans divers ministŁres et sont alors gØrØs par le ministre compØtent. Le statut peut prØvoir que tous les actes de gestion relŁvent des ministres d affectation (CIGeM des attachØs) ou que certains actes ou certaines procØdures doivent Œtre pris par plusieurs ministres ou relŁvent du Premier ministre (par exemple corps des administrateurs civils). Ainsi, les actes de gestion sont dØlØguØs aux ministres employeurs et les rŁgles d harmonisation dØlØguØes au ministre de la fonction publique (par exemple, le rŁglement des Øpreuves du concours).

L AssemblØe gØnØrale du Conseil d État a entØrinØ la crØation de CIGeM

L AssemblØe gØnØrale du Conseil d État, saisie dans le cadre de sa fonction consultative d une demande d avis du ministre chargØ de la fonction publique, s est prononcØe sur les conditions dans lesquelles le pouvoir rØglementaire pourrait crØer des CIGeM, sous l empire, donc, des dispositions statutaires lØgislatives en vigueur.

L AssemblØe gØnØrale a tout d abord relevØ que si les corps sont actuellement organisØs suivant une logique ministØrielle dans leur trŁs grande majoritØ, cette organisation rØsulte d un choix d opportunitØ du Gouvernement et non de dispositions lØgislatives ou de principes de droit. Dans le cadre lØgislatif en vigueur, le pouvoir rØglementaire dispose d un large pouvoir d organisation de la fonction publique qu il peut exercer par dØcret en Conseil d État, ces mesures revŒtant un caractŁre statutaire.

La crØation d un CIGeM est possible à condition de respecter les rŁgles propres aux corps de la fonction publique d État

Un corps interministØriel à gestion ministØrielle doit tout d abord respecter les caractØristiques fixØes 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 classØs, selon leur niveau de recrutement, en catØgories. / Ces corps groupent les fonctionnaires soumis au mŒme statut particulier et ayant vocation aux mŒmes grades ». Un corps de la fonction publique se traduit par un statut et se caractØrise par des missions, un niveau de recrutement et des grades qui donnent vocation à exercer certaines fonctions. Il ne peut donc s agir de crØer un simple cadre administratif rassemblant des situations disparates : non seulement le niveau de recrutement, les rŁgles d organisation du

16 DØcret n° 92-29 du 9 janvier 1992 modifiØ portant statut particulier du corps des bibliothØcaires.

17 DØcret n° 2011-1317 du 17 octobre 2011 modifiØ portant statut particulier du corps interministØriel des attachØs d administration de l État.

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

corps en grades et Øchelons, les rŁgles d avancement comme l accŁs aux statuts d emplois doivent Œtre identiques à tous les agents d un CIGeM, mais les agents d un mŒme corps doivent pouvoir accØder à tous les emplois auxquels leur grade leur donne vocation dans ce corps.

L autoritØ de rattachement d un corps peut Œtre distincte des autoritØs de gestion et de nomination

Dans la trŁs grande majoritØ des cas, l autoritØ de rattachement d un corps est Øgalement l autoritØ de gestion des agents relevant de ce corps. Toutefois, aucune disposition ni aucun principe ne font obstacle, d une part, à ce que l autoritØ de gestion d agents relevant d un corps soit différente de l autoritØ de rattachement de ce corps, d autre part, à ce qu un corps unique relŁve de plusieurs autoritØs de gestion, sous rØserve que les diffØrences de gestion qui en rØsultent ne mØconnaissent pas le principe d Øgalitø entre agents d un mŒme corps.

La gestion des agents d un mŒme corps par des autoritØs diffØrentes ne doit pas mØconnaître le principe d Øgalitø entre agents d un mŒme corps

La limite posØe à l existence d une pluralitØ d autoritØs de gestion pour des agents relevant d un mŒme corps est d abord celle de l Øgalitø de traitement. Comme le relŁve l avis du Conseil d État, le respect de ce principe implique ( ) que les agents du mŒme corps, qu il soit interministØriel ou ministØriel, soient soumis aux mŒmes rŁgles en ce qui concerne la hiØrarchie des grades, le nombre d Øchelons dans chaque grade, les rŁgles d avancement d Øchelon et de promotion aux grades supØrieurs. Il implique, en outre, que les statuts d emploi auxquels le corps donnerait Øventuellement accŁs soient identiquement ouverts aux agents du corps satisfaisant aux conditions posØes par ces statuts .

À la question qui lui Øtait directement posØe de la possibilitØ d Øtablir des rŁgles distinctes pour les membres d un mŒme CIGeM suivant le ministŁre dans lequel ils sont affectØs, l Assemblœe gØnØrale a trŁs clairement rØpondu par la nØgative : Le principe d Øgalitø fait obstacle à ce que soient consacrØes au sein d un corps interministØriel des diffØrences fondØes sur le seul critŁre du ministŁre d affectation , que ce soit d ailleurs par voie rØglementaire ou par voie lØgislative. Les rŁgles statutaires ni la gestion du corps ne peuvent se fonder sur ce seul critŁre pour justifier de diffØrences de traitement entre agents du mŒme CIGeM. Cela ne rend pas impossible de permettre un traitement diffØrenciØ des agents d un mŒme corps, et ainsi, sans mØconnaître le principe d Øgalitø de traitement, de rØgler de façon diffØrente des situations diffØrentes. Mais les diffØrences de traitement prØvues doivent avoir un caractŁre objectif et Œtre en rapport avec l objet de la crØation d un nouveau corps : en matiŁre de rØgime indemnitaire, les critŁres de mØrite des agents et les caractØristiques propres aux emplois qu ils occupent, en matiŁre d avancement, une apprØciation objective de la situation dØmographique du corps et les besoins particuliers du ministŁre.

La crØation d un CIGeM par fusion de corps existants conduit nØcessairement, toutefois, à faire coexister au sein d un mŒme corps des diffØrences entre agents, notamment de situation indemnitaire, qui induisent des diffØrences de traitement injustifiØes au regard du nouveau corps. Le Conseil d État, conscient de ces difficultØs, a estimØ qu une pØriode transitoire de cinq ans constituait un dØlai raisonnable et compatible avec le principe d Øgalitø pour rØsoudre les diffØrences rØsultant, sur le plan indemnitaire, de l appartenance aux diffØrents corps fusionnØs. La section du contentieux a validØ la possibilitØ du maintien transitoire de rØgimes indemnitaires diffØrents au sein d un CIGeM (CE, 6 novembre 2019, Fed. nat. de l Øquipement et de l env. CGT, n° 424391, T.).

Le statut gØnØral autorise une dØconcentration des pouvoirs de gestion, y compris des recrutements et des avancements

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

- la dØlØgation du pouvoir de nomination est possible mais doit rØsulter du dØcret statutaire organisant le CIGeM ;
- l organisation de concours de recrutement dans le corps peut Œtre dØlØguØe à chaque ministre gestionnaire sous rØserve que les procØdures de recrutement suivent des rŁgles et de critŁres identiques.

FICHE N° 9 :
Maintien de la qualitØde fonctionnaire aux agents d une entreprise

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

L essentiel

Il ne rØsulte d aucun principe constitutionnel applicable aux fonctionnaires, ni d aucun droit ou libertØ que la Constitution garantit, que les corps (ou cadre d emplois) de fonctionnaires sont constituØs et maintenus en vue de pourvoir à l exØcution de missions de service public. DŁs lors, le lØgislateur peut remettre en cause, s il l estime opportun, le lien organique et matØriel existant entre service public et fonction publique. Les rŁgles de la fonction publique Øtant instaurØes dans l intØrŒt du service public, c est donc l intØrŒt du service public qui justifie la condition statutaire du fonctionnaire, et non l inverse.

Les mots du juge

7. ConsidØrant que, selon le syndicat requØrant, en prØvoyant le maintien de fonctionnaires dans l entreprise France TØlØcom, alors que cette entreprise n est plus investie par la loi d une mission de service public, les dispositions contestØes mØconnaissent le principe constitutionnel en vertu duquel des corps de fonctionnaires de l État ne peuvent Œtre constituØs et maintenus qu en vue de pourvoir à l exØcution de missions de service public ( ) ;
11. ConsidØrant ( ) que contrairement à ce que soutient le syndicat requØrant, les dispositions contestØes ne portent atteinte à aucun principe constitutionnel applicable aux fonctionnaires ni à aucun droit ou libertØ que la Constitution garantit ; que, par suite, les articles 29, 29-1 et 29-2 de la loi du 2 juillet 1990 doivent Œtre dØclarØs conformes à la Constitution
(CC, 12 octobre 2012, Syndicat de dØfense des fonctionnaires, n° 2012-281 QPC)

Commentaire

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

Il est admis depuis longtemps que des agents de droit privØ, soumis au code du travail, participent à des missions de service public. C est notamment le cas lorsqu une mission de service public est confiØe par la puissance publique à un organisme privØ. Cependant, quantitativement, ce sont les fonctionnaires qui exØcutent la plupart des missions de service public, de sorte que l on peut considØrer que le service public leur est traditionnellement confiØ. Cette liaison de la condition statutaire et du service public, nØe de l histoire de la fonction publique en France et de l avantage d une situation unilatØrale et rØglementaire pour assurer la continuitØ du service ne rØsulte pas, selon le Conseil constitutionnel, d un principe constitutionnel applicable aux fonctionnaires , ni d aucun droit ou libertØ que la Constitution garantit (CC, 12 octobre 2012, Syndicat de dØfense des fonctionnaires, n° 2012-281 QPC). Par consØquent, aucune norme constitutionnelle ne reconnaît, qualitativement, l existence d un lien juridique automatique entre la condition statutaire de fonctionnaire et l exØcution du service public. Il appartient donc au seul lØgislateur d assurer, s il le souhaite, l existence d un lien organique et matØriel entre la fonction publique et service public.

Avant la QPC du Syndicat de dØfense 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 Øtait constitutionnellement possible de placer des corps de fonctionnaires de l État auprŁs d une personne morale de droit privØ avait dØduit, 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 posØ les rŁgles spØciales relatives au statut de la fonction publique et Ønoncø les garanties fondamentales reconnues aux fonctionnaires, et qui ont eu pour objet essentiel d assurer la neutralitØ et la continuitØ des services publics, reconnues comme des conditions indispensables de la bonne exØcution de ceux-ci , l existence d un principe constitutionnel selon lequel des corps de fonctionnaires de l État ne peuvent Œtre constituØs et maintenus qu en vue de pourvoir à l exØcution de missions de service public (CE, AssemblØe gØnØrale, avis, 18 novembre 1993, Statut de France TØlØcom, n° 355255). DŁs lors, il n est pas paru possible au Conseil d État, du point de vue constitutionnel, que des corps de fonctionnaires soient placØs auprŁs d organismes dont l objet essentiel n est pas d assurer l exØcution du service public.

Le Conseil d État a ensuite considØrØ, à propos de la transformation de la Caisse nationale de prØvoyance en sociØtØ 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 prØvu un dØtachement d office, pour une durØe raisonnable et à titre transitoire, auprŁs 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 Øgalitø devant le service public qui dØcoule de l article 6 de la dØclaration des droits de l homme et du citoyen (CC, 16 juillet 2009, Loi portant rØforme de l hôpital et relative aux patients, à la santØ et aux territoires, n° 2009-584 DC, cons. 2) et le principe de continuitØ qui n est rattachØ à aucune disposition constitutionnelle (par exemple : CC, 27 janvier 1994, Loi organique sur le Conseil supØrieur de la magistrature, n° 93-337 DC, cons. 19 et 20). En revanche, dans la QPC Syndicat de dØfense des fonctionnaires, le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas l existence d un principe constitutionnel en vertu duquel des corps de fonctionnaires ne peuvent Œtre constituØs et maintenus qu en vue de pourvoir à l exØcution de missions de service public.

Labsence 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 RØpublique du 4 octobre 1958, qui fait rØfØrence 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 relŁvent, le droit d exercer leurs missions dans le cadre du service public. DŁs lors qu un corps n a aucune personnalitØ juridique, le Conseil constitutionnel se fonde sur la qualitØ de fonctionnaire , seule à mŒme de confØrer à leur titulaire un droit donc se prØvaloir de la mØconnaissance d un principe constitutionnel. Ainsi, le principe dØgagØ par la QPC Syndicat de dØfense des fonctionnaires s applique à l ensemble des fonctionnaires.

D autre part, le lien entre la fonction publique et le service public ne saurait Œtre qualifiØ de principe fondamental reconnu par les lois de la RØpublique. Il peut Œtre relevØ que l Øtablissement, par la lØgislateur, 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 gØnØral des fonctionnaires, dont l article 1er dØfinit les fonctionnaires de l État comme les personnes qui, nommØes dans un emploi permanent, ont Øtø titularisØes dans un grade de la hiØrarchie des cadres d une administration centrale de l État, des services extØrieurs en dØpendant ou d Øtablissements publics de l État . Cette formulation a Øtø substantiellement reprise à l article 1er de l ordonnance n° 59-244 du 4 fØvrier 1959 relative au statut gØnØral des fonctionnaires et aux articles 2 des titres II, III et IV du statut gØnØral de la fonction publique. Toutefois, l antØrioritØ vis-à-vis du rØgime rØpublicain instituØ par la Constitution de la IVe RØpublique ne suffit pas à donner à ce lien la constance et la gØnØralitØ qui caractØrisent l existence d un principe fondamental reconnu par les lois de la RØpublique.

Par consØquent, l article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, applicable aux trois fonctions publiques, qui prØvoit que les emplois civils permanents de l État, des collectivitØs territoriales et de leurs Øtablissements publics sont occupØs par des fonctionnaires, pose une rŁgle qui n a pas valeur constitutionnelle. La loi organise d ailleurs de frØquentes dØrogations pour permettre que des agents contractuels, de droit public ou de droit privØ, occupent ces emplois. Par suite, peu aprŁs la QPC Syndicat de dØfense des fonctionnaires, le Conseil constitutionnel a pu logiquement dØcider qu aucun principe constitutionnel ne fait obstacle à ce que le lØgislateur prØvoie que des personnes recrutØes au titre d un emploi d avenir professeur participant à l exØcution du service public de l Øducation nationale soient soumises à un rØgime de droit privØ (CC, 24 octobre 2012, Loi portant crØation des emplois d avenir, n° 2012-656 DC). Rien ne s oppose donc à ce que le lØgislateur dØcide que des agents de droit privØ soient directement en charge de l exØcution d une mission de service public administratif gØrØe 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 ØgalitØ 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 Øgal accŁs à la fonction publique, le principe d ØgalitØ de traitement entre les fonctionnaires d un mŒme corps ou cadre d emplois, qui s applique au dØroulement de leur carriŁre et à leurs conditions de rØmunØration, constitue l une des sources constitutionnelles du droit de la fonction publique. La mØconnaissance de ce principe permet en principe d annuler tout acte constitutif d une discrimination entre des fonctionnaires qui, au sein d un mŒme corps ou cadre d emplois, se trouvent dans une situation identique. DØclinaison du principe d ØgalitØ, sa portØe n est pas absolue : le constat d une diffØrence de situation entre les intØressØs ou un motif d intØrŒt gØnØral en rapport avec l objet de la mesure peuvent conduire à admettre une mesure instaurant une diffØrence de traitement entre les fonctionnaires soumis à un mŒme statut particulier.

Les mots du juge

Considørant que l ØgalitØ de traitement à laquelle ont droit les agents d un mŒme corps ou d un mŒme cadre d emplois fait obstacle à l Øtablissement de rŁgles d avancement discriminatoires au dØtriment de certains d entre eux, à moins que des circonstances exceptionnelles n en justifient l Øtablissement dans l intØrŒt du service
(CE, Ass., 27 octobre 1989, M. X , n° 95511, Rec.)

Commentaire

Un principe structurant de la fonction publique, dont les contours Øpousent le dØroulement des carriŁres

Les contours du principe

Le principe d Øgalitø de traitement ne s applique, en principe, qu aux fonctionnaires appartenant à un mŒme corps ou cadre d emplois (CE, Ass., 6 mars 1959, Syndicat gønøral CGT de l administration centrale du ministŁre 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. : difførence de traitement en fonction de l appartenance au corps des officiers). Le Conseil constitutionnel retient la mŒme formulation que celle du Conseil d État dans la dØcision qui a consacrØ la constitutionnalitØ du principe (CC, 15 juillet 1976, Loi modifiant l ordonnance n° 59-244 du 4 føvrier 1959 relative au statut gønøral 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 considøration budgøtaire 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 ØgalitØ de traitement ne s applique pas à des agents relevant de corps ou cadre d emplois difførents (CE, 5 mars 2012, Mme X , n° 354718, T. ; au point de ne pouvoir Œtre, dans cette hypothŁse, utilement invoquØ, le moyen est inopørant : CE, 7 mai 1975, Sieur X , n° 86207, Rec.), c est parce que le rattachement à des statuts difførents traduit objectivement une difførence de situation entre les agents.

Ce qui doit primer, c est le traitement Øgal des personnes placØes dans des situations identiques.

Toutefois, si l appartenance à un mŒme corps dØtermine a priori une identitØ de situation entre fonctionnaires, l application du principe d ØgalitØ de traitement n est ni automatique, ni absolue : en effet, le juge administratif fait application du principe d ØgalitØ, lequel ne s oppose

pas à ce que l autoritØ investie du pouvoir rØglementaire rŁgle de façon diffØrente des situations diffØrentes ni à ce qu elle dØroge à l Øgalitø pour des raisons d intØrŒt gØnØral pourvu que, dans l un comme l autre cas, la diffØrence de traitement qui en rØsulte soit en rapport direct avec l objet de la norme qui l Øtablit et ne soit pas manifestement disproportionnØe au regard des motifs susceptibles de la justifier (CE, Ass., 11 avril 2012, GISTI, n° 322326, Rec.)[19]. Ainsi, l introduction d une diffØrence de traitement entre les agents soumis à un mŒme statut particulier est possible, dans les conditions et limites posØes par le Conseil d État quant à l application du principe d Øgalitø. Il faut que la diffØrence de situation visØe par la mesure introduisant une diffØrence de traitement soit objective, rationnelle (CE, Ass., 13 juillet 1962, Conseil national de l Ordre des mØdecins, n° 51265, Rec.) et suffisamment caractØrisØe pour justifier la diffØrence de traitement (CE, Sect., 10 mai 1974, Sieurs Y et X , n° 88032, Rec.). Cette diffØrence de traitement doit Œtre 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 pØtrole, n° 82793, Rec.) et ne pas Œtre manifestement disproportionnØe par rapport à la diffØrence de situation (CE, Ass., 11 avril 2012, GISTI, n° 322326, Rec. ; CE, Sect., 18 dØcembre 2002, Mme X , n° 233618, Rec.).

En effet, ce principe doit permettre de comparer les fonctionnaires qui relŁvent du mŒme 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 diffØrents peuvent Œtre traitØs diffØremment, mŒme si les corps ou cadres d emplois auxquels ils sont rattachØs prØsentent entre eux, de par leurs missions, certaines analogies (cf. à propos des fonctionnaires de police : CE, 19 juin 2002, Commune de Marcq-en-Baroeul et autres, n° 221500, T.). Au sein d une mŒme fonction publique, aucune mØconnaissance du principe d Øgalitø de traitement ne peut Œtre retenue entre des fonctionnaires employØs par des catØgories d employeurs diffØrents (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 mŒme corps n est a priori pas identique lorsqu ils se trouvent dans des positions statutaires diffØrentes (CE, 14 mars 1997, Mme Job, n° 109772, T. ; CE, 3 avril 1998, M. X , n° 179197, T.).

Le principe d Øgalitø de traitement s applique donc à l intØrieur de chaque corps, ou cadre d emplois, parmi les fonctionnaires placØs 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 Ødictøe une norme rØgissant la situation des fonctionnaires qui, en raison de son contenu, n est pas limitØe à un mŒme corps ou cadre d emplois (CE, Sect., 9 fØvrier 2005, Syndicat national unitaire et indØpendant des officiers de police, n° 229547, Rec.). Le principe d Øgalitø de traitement peut alors franchir la frontiŁre d un statut particulier si le contenu de la mesure a vocation à rØgir des agents relevant de corps diffØrents (en l espŁce, il s agissait d instituer des avantages en faveur des fonctionnaires civils de l État affectØs dans des quartiers urbains difficiles). Le caractŁre de transversalitØ d une mŒme norme, dont le contenu est indiffØrent à la notion de corps, permet a priori de se prØvaloir d une situation identique, donc de l application du principe d Øgalitø de traitement. Un raisonnement analogue a Øtø tenu par le Conseil d État lors de la crØation de la nouvelle bonification indiciaire (NBI) qui, au sein d un certain champ organique, rØcompense l occupation de certains emplois identifiØs selon des critŁres fonctionnels et non statutaires (CE, 2 mai 1994, M. X Volat, n° 138272, Rec. ; CE, 9 septembre 1994, M. X , n° 133640, T. : l invocabilitØ du principe est possible, mŒme si la NBI, qui prØsente un caractŁre temporaire et n a pas consØquences en termes d avancement ou de dØroulement de carriŁre, ne mØconnaît pas un tel principe).

En dehors de cas particulier, le principe d Øgalitø de traitement entre fonctionnaires ne s applique qu au sein du corps, dŁs l entrØe dans le corps qui soumet les agents à un mŒme statut (CE, 6 dØcembre 2002, M. X , n° 242927, T.). Il en rØsulte notamment qu aucune discrimination entre fonctionnaires ne peut Œtre opØrØe 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 Øgalitø de traitement ne s applique ni à l occasion de la constitution d un corps (CE, 27 avril 1994, Association de dØfense des ingØnieurs territoriaux, n° 116043, Rec.), ni lors de l intØgration dans un mŒme corps de fonctionnaires provenant de corps diffØrents (CE, 11 octobre 1967, X , n° 67854, T. ; CE, 11 juillet 2001, M. X , n° 194354, T.), peu importe que cette diversitØ d origine statutaire conduise à des Øcarts de rØmunØration une fois les agents intØgrØs dans le nouveau corps (CE, 7 fØvrier 2005, Mme X , n° 257288, T.). Lorsqu une discrimination concerne l entrØe dans le corps entre des agents qui proviennent d horizons variØs, ce n est pas le principe d Øgalitø de traitement qui est appliquØ mais le principe d Øgal accŁs aux emplois publics (CE, 10 janvier 1986, FØdØration nationale des travailleurs de l État CGT, n° 62161, Rec.). Toutefois, si l accŁs à un corps concerne les agents d un seul statut, la mØconnaissance du principe peut Œtre invoquØe. En effet, les dispositions relatives à l entrØe dans le corps d accueil soulŁvent alors une question d Øgalitø de traitement pour ces agents relevant du mŒme corps d origine.

Le principe d Øgalitø de traitement entre fonctionnaires n interdit pas toute rØforme dans la structure d un corps ou cadre d emplois mais il conduit à assurer le respect de la hiØrarchie interne à chaque corps ou cadre d emplois. Il peut Œtre invoquØ pour des mesures touchant à la structure du corps, telles qu un texte portant repyramidage d un corps, lorsque la modification des durØes d ancienneto dans les Øchelons et des modalitØs de reclassement prØvues conduit à ce que certains fonctionnaires soient reclassØs à un Øchelon supØrieur à celui auquel sont reclassØs d autres

19 Le Conseil constitutionnel retient une formulation analogue du principe d Øgalitø, qui ne s oppose ni à ce que le lØgislateur rŁgle de façon diffØrente des situations diffØrentes ni à ce qu il dØroge à l Øgalitø pour des raisons d intØrŒt gØnØral pourvu que, dans l un et l autre cas, la diffØrence de traitement qui en rØsulte soit en rapport avec l objet de la loi qui l Øtablit (CC, 9 janvier 1990, Loi modifiant l ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d entrØe et de sØjour des Øtrangers en France, n° 89-266 DC, cons. 5).

agents qui, dans la situation antØrieure, dØtenaient un Øchelon supØrieur (CE, 9 novembre 1994, ConfØdØration nationale des groupes autonomes de l enseignement public, n° 119393, T.). Une telle inversion de carriŁre serait contraire à l Øgalitø de traitement dans la carriŁre. De mŒme, si une mesure de validation de l expØrience professionnelle acquise avant l entrØe dans le corps peut s appliquer aux fonctionnaires dØjà en fonctions, elle ne peut pas conduire à inverser l ordre d ancienneto entre ces fonctionnaires (CE, 17 novembre 2006, M. A , n° 275632, T.). Une dØrogation au maintien de cette hiØrarchie interne par le principe d Øgalitø de traitement a Øtø admise par le Conseil d État en matiŁre de promotion interne, lorsque l intØrŒt du service dans le corps du niveau hiØrarchiquement supØrieur 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.).

Au-delà de son importance dans la structuration des corps et dans le cadre juridique qui vient d Œtre rappelØ, le principe d Øgalitø de traitement peut Œtre invoquØ à l appui de toute mesure ayant pour objet ou pour effet de crØer une diffØrence de traitement entre des agents soumis à un mŒme statut particulier, ce qui recouvre un champ large en matiŁre de carriŁre (avancement, congØs, affectation, dØtachement, limite d âge, etc.) et de rØmunØration des fonctionnaires. Par ailleurs, lorsqu il s agit d octroyer aux fonctionnaires des avantages non prØvus par les textes (ni statutaires, ni indemnitaires), le Conseil d État estime que, sauf motif d intØrŒt gØnØral, le respect du principe d Øgalitø conduit à en faire bØnØficier tous les fonctionnaires se trouvant dans une situation analogue (CE, 18 novembre 2011, Ministre de la justice c/ M. A , n° 344563, Rec.).

Des dØrogations peuvent Œtre admises par le Conseil d État, sous rØserve de respecter strictement certaines conditions

LØdiction d une diffØrence de traitement demeure une dØrogation au principe d Øgalitø qui, en tant que telle, conduit à un contrôle strict du Conseil d État. L admission d une diffØrence de situation entre fonctionnaires d un mŒme corps qui conduit à ne pas mØconnaître le principe d Øgalitø peut dØcouler soit de l existence de conditions diffØrentes 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 intØrŒt gØnØral tirø du bon fonctionnement du service et en rapport avec l objet de la mesure introduisant la diffØrence de traitement, (selon les principes dØgagØs par : CE, Sect., 10 mai 1974, Sieurs X et Y , n° 88032, Rec. ; voir pour la rØdaction actuelle du considØrant de principe, CE, Ass., 11 avril 2012, GISTI, n° 322326, Rec.). DŁs lors qu aucun motif d intØrŒt gØnØral (ou aucune circonstance exceptionnelle) ne le justifie, ni aucune diffØrence dans les conditions d exercice des fonctions n existe, la mesure est annulØe en application du principe d Øgalitø de traitement (cf. mesure statutaire : CE, 21 octobre 1988, SecrØtaire d État auprŁs du ministres des postes et tØlØcommunications et du tourisme c/ M. X , n° 75623, Rec. ; mesure indemnitaire : CE, 3 septembre 2007, Union syndicale des magistrats administratifs, n° 297790, T.).

DiffØrence de situation dans les conditions d exercice des fonctions

Le second cas de dØrogation au principe d Øgalitø, plus frØquemment admis par le Conseil d État, est liØ 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 Øgalitø n implique pas que des personnes placØes dans des situations diffØrentes soient traitØes de maniŁre identique (CE, 6 dØcembre 2002, M. X , n° 242927, T.). Or, si la situation des agents relevant d un mŒme corps n est pas identique, l introduction d une diffØrence de traitement fondØe sur cette diffØrence de situation entre les fonctionnaires concernØs est lØgalement possible.

Sur le plan indemnitaire, il a Øtø admis que la diffØrenciation d un montant de primes en fonction du lieu d exercice des fonctions (CE, 9 novembre 2011, Syndicat national Force-OuvriŁre des personnels de prØfectures, n° 345694, T. : à propos d une distinction entre les agents en fonction à l administration centrale ou dans des services dØconcentrØs pour la dØtermination du montant de la part relative aux fonctions de la prime de fonctions et de rØsultats) ou selon le niveau de responsabilitø notamment liØ aux tâches d encadrement (CE, 12 janvier 2007, Mme X et Mme Y , n° 288767, T.).

Toutefois, une diffØrence de traitement uniquement fondØe sur un critŁre exclusivement gØographique ne permet pas de caractØriser une diffØrence dans les conditions d exercice des fonctions (CE, 31 janvier 2001, M. X , n° 201907, T.), mŒme si ce seul critŁre autorise, eu Øgard aux diffØrences dans les conditions d exercice des fonctions, une diffØrence de traitement au sein d un mŒme corps entre les agents en service à l Øtranger et ceux qui sont affectØs en mØtropole (CE, 29 juillet 1994, Mme Rizzi et autres, n° 148039, T.).

Les conditions dans lesquelles les agents exercent leur activitø au sein de l administration peuvent justifier une diffØrence de traitement entre agents d un mŒme corps, notamment en matiŁre dØontologique (CE, 14 novembre 1997, M. X n° 178794, Rec.). En revanche, l inexistence d une diffØrence dans les conditions d exercice des fonctions a conduit, dans le cadre de l application du principe d Øgalitø de traitement, à mettre fin à des distinctions entre hommes et femmes lors des affectations prononcØes (CE, 14 avril 1995, M. X n° 107429, T.).

Motif d intØrŒt gØnØral et circonstances exceptionnelles

S agissant du premier cas de dØrogation, il est fondØ sur des considØrations d intØrŒt gØnØral qui sont en rapport avec l objet de loi (CC, 22 dØcembre 1986, Loi relative à la limite d âge et aux modalitØs de recrutement de certains fonctionnaires civils de l État, n° 86-220 DC, cons. 7). La rØfØrence à l intØrŒt gØnØral ne suffit pas à justifier une diffØrence de traitement. Un rapport logique et de proportionnalitø doit exister entre la mesure discriminatoire

et l intØrŒt gØnØral poursuivi par l objet de la loi (CE, Ass., 5 mars 1999, ConfØdØration 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 intØrŒt gØnØral qui s attache à la valorisation d une activitØ à temps plein au sein des Øtablissements publics de santØ (CE, 26 juin 2009, MM. X et Y , n° 307369, Rec.) et l intØrŒt gØnØral qui s attache à la propagation de la langue française à l Øtranger (CE, 20 octobre 2000, Mme X , n° 194739, T.) ont pu lØgalement fonder des diffØrences de traitement entre agents d un mŒme corps. De mŒme, l intØrŒt gØnØral qui s attache à ce que les agents publics soient rØpartis sur le territoire en fonction des besoins de la population et des nØcessitØs du service peut conduire à moduler une indemnitØ en fonction des circonscriptions territoriales d affectation des agents (CE, Sect., Syndicat dØpartemental CFDT de la direction dØpartementale de l Øquipement du Gard, n° 220062, Rec.).

À cette premiŁre dØrogation liØe au motif d intØrŒt gØnØral peut se rattacher une veine jurisprudentielle fondØe sur les circonstances exceptionnelles qui justifient l Ødiction d une diffØrence de traitement dans l intØrŒt du service (CE, Ass., 6 mars 1959, Syndicat gØnØral CGT de l administration centrale du ministŁre 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 Œtre lØgalement fondØes, il faut que les circonstances soient exceptionnelles : la nouveautØ de la rØforme ou l urgence qui s attache à sa mise en œuvre sont des ØlØments dØcisifs (cf. CE, Ass., 1972, Union interfØdØrale des syndicats de la prØfecture de police et de la sßretØ nationale, n° 75225, Rec.). En outre, le caractŁre transitoire permet de mieux admettre la dØrogation, sur ce motif, au principe d ØgalitØ de traitement (CE, 24 octobre 1951, FØdØration syndicale des travailleurs des PTT, Rec.).

Toutefois, l admission par le Conseil d État d une atteinte au principe d ØgalitØ de traitement au motif de circonstances exceptionnelles et dans l intØrŒt du service est limitØe. Par exemple, une procØdure pØrenne d avancement ne peut, sans mØconnaître le principe d ØgalitØ de traitement, Œtre fondØe sur de telles circonstances (CE, 28 juin 1989, Ministre de l intØrieur c/ M. X , n° 85193, T.). En effet, la mesure doit Œtre justifiØe par un changement structurel tel que la mise en œuvre d une rØforme lØgislative (CE, 16 juin 1972, Dame Le Marre et autres, Rec. : mise en place des universitØs prØvues par la loi n° 68-978 du 12 novembre 1968), de rØorganisations administratives (CE, 10 novembre 1978, Union professionnelle des cadres administratifs supØrieurs des services, n° 82648, Rec. : restructuration des services extØrieurs de l Øquipement par rØunion des services de deux ministŁres) ou de fusions de corps (CE, Sect., 22 novembre 1963, Sieur Ruffel, Rec. : reclassement dans des corps d emplois mØtropolitains des fonctionnaires de la France d outre-mer dont les corps avaient ØtØ supprimØs à la dØcolonisation, avec maintien aux profits des plus âgØs de la limite d âge en vigueur dans leur corps d origine).

FICHE N° 11 :
Le pouvoir rØglementaire du chef de service

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

L essentiel

Tout chef de service peut prendre toute mesure nØcessaire au bon fonctionnement de son administration, y compris des mesures rØglementaires. Ce pouvoir doit cependant s exercer avec prudence, afin de ne pas mØconnaître ou complØter incompØtemment les lois et rŁglements applicables. En matiŁre de fonction publique, ce pouvoir est dØsormais rØduit à quelques domaines spØcifiques.

Les mots du juge

MŒme dans le cas oø les ministres ne tiennent d aucune disposition lØgislative un pouvoir rØglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nØcessaires au bon fonctionnement de l administration placØe sous leur autoritØ
(CE, Sect., 7 fØvrier 1936, Sieur Jamart, n° 43321, Rec.)

Commentaire

Tout chef de service dispose d un pouvoir rØglementaire limitØ aux mesures nØcessaires au fonctionnement du service

En France, le pouvoir rØglementaire appartient, selon la Constitution, au prØsident de la RØpublique 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 dØcret d une de ces deux autoritØs l ait prØvu pour qu une autre personne puisse fixer des rŁgles applicables aux administrations françaises.

À l intØrieur de ce cadre normatif, il est en pratique souvent nØcessaire de fixer certaines rŁgles complØmentaires pour faire fonctionner une administration et appliquer la rŁglementation. De façon rØaliste, le Conseil d État a donc admis, par la dØcision sieur Jamart, que les chefs de service disposent du pouvoir de prendre les mesures nØcessaires au bon fonctionnement de l administration placØe sous leur autoritØ , et que ces mesures peuvent comprendre des rŁgles gØnØrales, impersonnelles et permanentes. Dans cette mesure, chaque chef de service dispose d un pouvoir rØglementaire (CE, Sect., 7 fØvrier 1936, n° 43321, Rec.).

Ce pouvoir est largement partagØ : tout chef de service en dispose. Il s agit du ministre, qui dirige un dØpartement ministØriel de l administration, des autoritØs exØcutives des collectivitØs territoriales (maire, prØsident du conseil rØgional, etc.), des prØsidents d Øtablissements publics ou d autoritØ indØpendantes mais aussi de personnes qui, à l intØrieur de ces administrations, ont la charge d un service à qui est confiØe une mission et qu il est nØcessaire de rØglementer 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 entiŁrement la mission confiØe au service et d un vØritable pouvoir hiØrarchique sur les agents en cause (CE, 30 septembre 2011, ComitØ d action syndicale de la psychiatrie et autres, n° 337334, T.).

De telles rŁgles ou lignes directrices existent dans tous les services et beaucoup sont d une importance trŁs faible : rŁgles d organisation, procØdure de traitement des dossiers, etc. Une partie d entre elles constituent aux yeux du juge des mesures d ordre intØrieur, c est-à-dire des actes insusceptibles de recours. D autres ont une importance pratique considØrable et sont susceptibles de recours : si le chef de service a excØdØ sa compØtence, la rŁgle fixØe sera annulØe pour excŁs de pouvoir. Il est donc important de cerner les critŁres de cette compØtence.

La compØtence rØglementaire du chef de service est rØsiduelle et conditionnØe par la nØcessitØ du fonctionnement du service

La structure des administrations, le contenu et les conditions des services publics, leur fonctionnement sont rØgis par des lois et des dØcrets. La structure des administrations relŁve, en particulier, du domaine rØglementaire et est fixØe, dans ses grandes lignes, par des dØcrets, souvent complØtØs d arrŒtØs prØvus par ces dØcrets. Les rŁgles fixØes par le chef de service, en dehors de toute habilitation particuliŁre, se situent donc à un niveau inférieur et subsidiaire : en aucun cas elles ne peuvent dØroger à ces rŁgles. En principe, le chef de service n est pas autorisØ à les complØter.

Cependant, tout n est jamais Øcrit dans le texte : il se rencontre frØquemment que le bon fonctionnement pratique d un service nØcessite que certaines rŁgles de fonctionnement soient posØes. Lorsque la rŁgle est nØcessaire au bon fonctionnement de l administration placØe sous [son] autoritØ , le chef de service est compØtent pour l Ødicter. Ces rŁgles concernent notamment :

- la structure de l administration dirigØe (sur la crØation d une aumônerie dans un lycØe, voir CE, Ass., 1er avril 1949, Sieur Chaveneau, Rec.) ;

- le fonctionnement du service : horaires d ouverture, rØpartition des tâches, etc. ;

- les procØdures suivies par cette administration (sur l institution d une consultation du chef d Øtablissement scolaire sur le choix de leur collaborateur, CE, 9 juillet 2003, Syndicat national de l administration scolaire et universitaire et des bibliothŁques, n° 237021, T. ; sur l obligation de faire certaines dØclarations prØalables prØvues par les textes par Øcrit, CE, 17 juin 2009, Syndicat des enseignants UNSA et Commune de Brest, n° 321897, T. ; sur la fixation d un dØlai pour faire une dØclaration prØvue 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 procØdure une formalitØ de consultation obligatoire dont la mØconnaissance pourrait Œtre invoquØe par les tiers (CE, 25 janvier 2012, Association nationale des psychologues de la petite enfance et autres, n° 342210, T.). Ces prØcisions procØdurales doivent en outre respectØes le cadre gØnØral fixØe par le code des relations entre le public et l administration ;

- la crØation d instances de concertation et de dialogue social (CE, 11 mai 1979, Syndicat CFDT du ministŁre des affaires ØtrangŁres, n° 5020, Rec. ; CE, 9 mars 2016, Syndicat UNSA-ITEFA, n° 382868, T.) ;

- l institution de prestations d action sociale à caractŁre facultatif et non statutaire, en l absence de dispositions lØgislatives et rØglementaires applicables (CE, 6 dØcembre 2002, M. Mollard, n° 222816, T.) ;

- l institution de certaines sujØtions jugØes nØcessaires au bon fonctionnement du service : interdiction de consommer de l alcool (CE, 11 avril 2008, Union gØnØrale des syndicats pØnitentiaires, Rec.) ; mesures d hygiŁne ou de santØ publique (pour des vaccinations obligatoires, cf. CE, Ass., 3 mars 2004, Association LibertØ information santØ, n° 222918, Rec.).

À chaque fois, ces rŁgles doivent Œtre instituØes dans le respect des lois, dØcrets et autres normes applicables. Elles concernent d abord le fonctionnement interne de l administration, pour lequel le chef de service peut, par exception, complØter les textes existants, dans leur respect et si c est nØcessaire au bon fonctionnement.

En revanche, le chef de service n est pas en principe compØtent pour fixer des rŁgles dØterminant les droits et obligations des usagers. Il arrive cependant que son pouvoir rØglementaire ordonnØ au bon fonctionnement du service le conduise à rØglementer la situation des usagers :

- dans l affaire de la dØcision Sieur Jamart, il a ØtØ admis qu un chef de service puisse dans la mesure oø l exige l intØrŒt du service, interdire l accŁs des locaux qui y sont affectØs aux personnes dont la prØsence serait susceptible de troubler le fonctionnement rØgulier dudit service ;

- plus frØquemment, le chef de service, en gØnØral le ministre, peut fixer la liste des piŁces en principe nØcessaires 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 compØtent pour fixer les modalitØs d application d une loi ou d un dØcret, peut imposer une mØthode d application d un texte que son administration doit appliquer. Ainsi, un ministre a lØgalement pu organiser des commissions dØpartementales d action sociales pour assurer, comme le prØvoyait la loi, une participation des fonctionnaires à la gestion de l action culturelle, sportive et de loisirs dont il bØnØficient (CE, Sect., 29 dØcembre 1995, Syndicat national des personnels de prØfecture CGT et Force-OuvriŁre, n° 143017, Rec. : crØation de commissions dØpartementales d action sociale) ou fixer les modalitØs de calcul d une indemnitØ dont le dØcret ne prØvoyait 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 tØlØvisions indØpendantes et autres, n° 374114, T.). Ces interventions se justifient parfois par la nØcessitØ de respecter le principe d Øgalitø, y compris lorsque l administration a un grand pouvoir discrØtionnaire (CE, Sect., 30 dØcembre 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 dØcision censure cependant la circulaire mise en cause en tant qu elle donne au recteur le pouvoir de rejeter comme irrecevable une demande non accompagnØe de l ensemble de ces piŁces exigØes, alors que le prØfet n avait qu une fonction d instruction et que le pouvoir de dØcision appartenait aux conseils acadØmiques, qui pouvaient donc seuls dØcider de l impossibilitØ de se prononcer sur un dossier

Vis-à-vis des usagers, la frontiŁre du pouvoir rØglementaire est ainsi difficile à tracer. Lorsqu il prØcise les modalitØs d application d un texte pour son service, le chef de service doit prendre garde à se limiter à ce qui est strictement nØcessaire au bon fonctionnement de l administration. Il doit se limiter à de faibles sujØtions qui ont trait à l organisation, à la procØdure, 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 continuitØ du service (CE, 19 novembre 2013, Mme A , n° 353691, T.).

En matiŁre de fonction publique, ce pouvoir est dØsormais fortement limitØ

Sous la TroisiŁme RØpublique, le ministre disposait d un large pouvoir pour rØglementer la situation de ses agents au titre de l organisation du service. Avec la crØation d un statut gØnØral lØgislatif prØcisØ par des dØcrets statutaires, ce pouvoir s est trouvØ rØduit à quelques îlots spØcifiques. Le ministre ne peut plus Ødicter aucune rŁgle à caractŁre statutaire.

Le ministre est Øgalement dØchargØ de la rØglementation de la rØmunØration des fonctionnaires dont le traitement indiciaire est dØterminØ par dØcret et pour lesquels toute prime ou indemnitØ doit, en vertu de l article 4 du dØcret n° 48-1108 du 10 juillet 1948 portant hiØrarchie des grades, Œtre Øgalement Ødictøe par dØcret. En matiŁre de primes et indemnitØs, c est cependant le chef de service de l agent qui fixera, sauf disposition contraire, le montant versØ 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 prØvus par la rŁglementation (pour le cas du nouveau rØgime indemnitaire dit RIFSEEP, cf. CE, 9 novembre 2018, n° 412640, T.).

Il reste au chef de service la possibilitØ :

- de rØglementer l exercice du droit de grŁve dans les services relevant de son autoritØ (cf. la fiche n° 19 Le droit de grŁve) ;

- 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 prØalable avant l affectation dans certaines fonctions (CE, 29 octobre 2001, Association nationale française des infirmiŁres et des infirmiers diplômØs ou Øtudiants, n° 210557, Rec.) ;

- de fixer les rŁgles d attribution des crØdits attribuØs à l aide sociale pour un ministŁre, à dØfaut d autres dispositions applicables (CE, 6 dØcembre 2002, M. X , n° 222816, T.) ;

- de rØgler les modalitØs 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 rØglementer la situation des agents : le directeur gØnØral de l office national des forŒts a ainsi pu rØglementer le compte-Øpargne temps de ses agents dŁs lors qu aucune disposition lØgislative ou rØglementaire n Øtait applicable à cet Øtablissement public industriel et commercial (CE, 3 mars 2010, Syndicat national des personnels administratifs de l office national des forŒts-FO, n° 306702, T. ; pour le directeur d un Øtablissement n entrant pas dans le champ de la lØgislation sur le temps de travail pour les agents publics : CE, 22 octobre 2003, École nationale supØrieure des arts et industries textiles, n° 243332, T. ; ou pour la facultØ de l ambassadeur de prØciser les rŁgles de recrutements d agents par contrats de droit local : CE, 10 janvier 2007, Syndicat national CGT du ministŁre des affaires Øtrangłres, n° 274873, T.). Ces situations demeurent cependant exceptionnelles.

A noter que, dans tous les cas, un acte rØglementaire doit faire l objet d une publication appropriØe, qui permet son entrØe en vigueur et son opposabilitØ, en vertu des principes dØsormais codifiØs 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 caractŁre impØratif des autres. Les circulaires impØratives peuvent constituer de vØritables actes rØglementaires, donner des instructions aux services pour l accomplissement de leurs missions ou prescrire une certaine interprØtation des textes lØgislatifs et rØglementaires applicables. Lorsqu elle n a pas de caractŁre impØratif, la circulaire peut donner des orientations gØnØrales aux services, qui constituent une aide et un point de repŁre mais ne dispensent pas d une analyse particuliŁre de chacune des situations rencontrØes.

Les mots du juge

Considørant que l interprØtation que par voie, notamment, de circulaires ou d instructions l autoritØ administrative donne des lois et rŁglements qu elle a pour mission de mettre en uvre n est pas susceptible d Œtre dØførØe au juge de l excŁs de pouvoir lorsque, Øtant dØnuØe de caractŁre impØratif, elle ne saurait, quel qu en soit le bien-fondØ, faire grief ; qu en revanche, les dispositions impØratives à caractŁre gØnØral d une circulaire ou d une instruction doivent Œtre regardØes comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger ; que le recours formØ à leur encontre doit Œtre accueilli si ces dispositions fixent, dans le silence des textes, une rŁgle nouvelle entachØe d incompØtence ou si, alors mŒme qu elles ont Øtø compØtemment prises, il est soutenu à bon droit qu elles sont illØgales pour d autres motifs ; qu il en va de mŒme s il est soutenu à bon droit que l interprØtation qu elles prescrivent d adopter, soit mØconnaît le sens et la portØe des dispositions lØgislatives ou rØglementaires qu elle entendait expliciter, soit rØitŁre une rŁgle contraire à une norme juridique supØrieure
(CE, Sect., 18 dØcembre 2002, Mme X , n° 233618, Rec.)

Commentaire

La jurisprudence administrative distingue plusieurs catØgories d actes

Dans leur fonctionnement quotidien, les administrations s appuient sur quantitØ de circulaires ou d instructions auxquelles on se rØfŁre pour traiter les difførentes tâches du service. Ces circulaires ne sont gØnØralement prØvues par aucun texte mais elles se rØvŁlent essentielles dans la vie des services. Le juge ne s en tient jamais à la dØnomination de ces actes mais procŁde Øventuellement à leur requalification en fonction de leur portØe exacte.

Face à un acte nommØ circulaire ou instruction, le juge regardera d abord s il revŒt une portØe impØrative ou non pour ses destinataires. Cette portØe impØrative doit Œtre rØelle et non simplement lexicale : il faut donc non seulement que la rØdaction ne laisse pas de doute sur le fait que le contenu de la circulaire constitue un ordre, mais Øgalement que l auteur de la circulaire soit en capacitØ de donner de tels ordres à ceux à qui il s adresse. La circulaire impØrative ne peut donc s adresser qu aux agents sur lesquels l auteur de la circulaire dispose d un pouvoir hiørarchique (CE, 26 mai 2009, Syndicat national des personnels techniques et de travaux de l Øquipement de la confØdØration gØnØrale du travail, n° 306757, T. ; CE, 30 janvier 2015, DØpartement des Hauts-de- Seine et autres, n° 371415, T.).

Si la circulaire revŒt un caractŁre impØratif, il convient de distinguer deux cas :

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

une instruction adressØe à une ou plusieurs personnes particuliŁres, soit un vØritable acte rØglementaire qui prØcise, pour le fonctionnement du service, l application des lois et dØcrets, comme peut le faire à certaines conditions un chef de service (CE, Sect., 7 fØvrier 1936, Sieur Jamart, n° 43321, Rec.). L auteur d une telle circulaire doit alors vØrifier s il est bien compØtent pour donner l instruction en cause ou Ødicter de telles rŁgles, dans le respect des dispositions lØgislatives ou rØglementaires applicables. Dans les deux cas, cette circulaire impØrative peut faire l objet d un recours pour excŁs de pouvoir dans les conditions de droit commun, à moins qu elle ne constitue une mesure d ordre intØrieur (ex. : CE, 7 novembre 1984, Syndicat CGT-FO de l aØroport de Paris, n° 53193, T. ; cf. la fiche n° 93 Les mesures d ordre intØrieur) ou un acte prØparatoire, c est-à-dire un acte dont l objet est de permettre l adoption ultØrieure d un acte normatif (ex. : CE, 5 dØcembre 2018, n° 416487, T.) ;

- soit ces ordres n ajoutent rien aux rŁgles existantes : le chef de service, notamment le ministre, se contente de rØsumer, d exposer, d expliquer le sens à confØrer à des dispositions lØgislatives ou rØglementaires en prescrivant à ses agents de les comprendre suivant une interprØtation donnØe. Cette circulaire, dite interprØtative, ne constitue pas un acte rØglementaire, puisqu elle ne crØe aucune rŁgle nouvelle mais se contente de reformuler celles qui existent. Le juge refusait d en connaître jusqu en 2002, malgrØ leur grande importance pratique. Depuis la dØcision Mme X , il admet que puissent faire l objet de recours des circulaires interprØtatives rØdigØes en des termes impØratifs afin de vØrifier que l interprØtation prescrite par le chef de service à ses agents ne mØconnaît pas le sens et la portØe des dispositions qu elle entend expliciter ou que cette interprØtation ne rØitŁre pas une rŁgle contraire à une norme juridique supØrieure (CE, Sect., 18 dØcembre 2002, Mme X , n° 233618, Rec.).

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

- Soit il s agit de simples orientations gØnØrales donnØes aux services (v. par ex. CE, section, 4 fØvrier 2015, Ministre de l intØrieur c/ M. B... A..., n° 383267 383268, Rec.), expressions par laquelle la jurisprudence englobe les actes les plus divers dŁs lors qu il s agit d indications du chef de service aux agents dØnuØes de caractŁre impØratif mais fournissant des points de repŁre. DŁs lors que ces actes n ont pas de caractŁre impØratif, une dØcision administrative qui prØtend se contenter d appliquer une telle circulaire est entachØe d erreur de droit : la dØcision administrative doit Œtre prise en application des seules lois et dØcrets et aprŁs une analyse propre à chaque situation. La circulaire ne constitue qu une aide à la prise de dØcision.

- Soit il s agit d un cas particulier que la jurisprudence a d abord nommØ directives (Cf. CE, 11 dØcembre1970, Section, CrØdit Foncier de France c/ Mlle X et Mme Y , n° 78880, Rec.) et dØnomme maintenant lignes directrices (CE, 19 septembre 2014, M. A , n° 364385, Rec.)ces lignes directrices orientent l usage par l administration d un pouvoir discrØtionnaire, d un pouvoir de choix dans la prise de dØcisions individuelles. Elles fixent, par exemple, des critŁres ou seuils permettant de dØterminer la dØcision à prendre pour attribuer une subvention. Comme elles ne revŒtent pas de caractŁre impØratif, l administration doit toujours se demander s il n y a pas lieu, au cas d espŁce, de dØroger à l application mØcanique de ces critŁres ou seuils en considØration de motifs d intØrŒt gØnØral ou de circonstances propres à la situation particuliŁre de l intØressØ. Si ces lignes directrices sont, en l Øtat de la jurisprudence, insusceptibles de recours pour excŁs de pouvoir, elles peuvent Œtre invoquØes devant le juge, à l occasion d un recours dirigØ contre une dØcision en ayant fait application. L administration doit alors expliquer pourquoi elle a choisi d appliquer ou de s Øcarter des critŁres posØs par les lignes directrices ;

La publicitØ et l opposabilitØ des circulaires et instructions ont progressivement Øtø renforcØes. L article L. 312-2 du code des relations entre le public et l administration dispose que les circulaires ainsi que les notes et rØponses ministØrielles qui comportent une interprØtation du droit positif ou une description des procØdures administratives doivent Œtre publiØes, selon les modalitØs prØcisØes par ce code. L article 7 du n° 2018-1047 du 28 novembre 2018 prØvoit par ailleurs que les circulaires et instructions non publiØes avant le 1er mai 2019 sont rØputØes abrogØes à cette date. Le Conseil d Etat a jugØ que ces obligations de publication et ce mØcanisme d abrogation ne concerne que les circulaires interprØtant le droit ou les procØdures administratives (CE, 24 juillet 2019, Ligue des droits de l homme, n° 427638, T.).

En matiŁre de fonction publique

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

Il s agit d abord de circulaires interprØtatives, souvent à caractŁre impØratif, par lesquelles les chefs de services synthØtisent les textes applicables à certains actes de gestion.

Il s agit ensuite de nombreuses instructions qui fixent, soit de façon gØnØrale, soit pour une annØe donnØe, les modalitØs de dØroulement de certaines opØrations : recrutement, mouvement de mutation, Øvaluation professionnelle, dØtachement, etc. Ces instructions ont d ailleurs souvent un caractŁre mixte : pour une part, elles se contentent de rØsumer les dispositions applicables, pour une autre elles en prescrivent les modalitØs d application dans le service.

Le rØdacteur de telles instructions doit donc Œtre attentif : sa compØtence est Øtroite. En tant qu il se contente, dans le respect des textes, de fixer certaines modalitØs pratiques, par exemple des dates limites pour certaines formalitØs, sa compØtence n est pas douteuse. En revanche, il n est pas compØtent pour ajouter des critŁres de fond : il ne peut jamais ajouter une rŁgle qui aurait un caractŁre statutaire et le pouvoir rØglementaire du chef de service, rØsiduel et subsidiaire, ne peut Œtre exercØ que s il est nØcessaire au bon fonctionnement du service . Ainsi, une circulaire qui prØvoit un systŁme de barŁme de points

pour la constitution de listes d aptitude est illØgale, un tel systŁme revŒtant un caractŁre statutaire (CE, 7 juin 2000, SociØtØ des agrØgØs de l universitØ, n° 188998, T.). Il en va de mŒme d une circulaire qui limite à cinq annØes certaines affectations (CE, 14 octobre 2011, Syndicat national des enseignements de second degrØ, n° 343396, T.).

Lorsqu il entend dØtailler la façon dont la loi doit Œtre appliquØe à certains cas concrets, le rØdacteur doit donc prØciser qu il se contente de donner des orientations gØnØrales et des exemples, sans caractŁre impØratif, et que la dØcision doit Œtre prise en fonction des caractØristiques de la situation particuliŁre soumise à l administration.

S agissant des lignes directrices, une dØcision Dame SI MOUSSA X..., (CE, Sect., 4 novembre 1977, Rec.) a pu Œtre interprØtØe comme empŒchant l Ødiction de telles lignes directrices en matiŁre de fonction publique : elle a annulØ une dØcision mettant fin au dØtachement d un agent sur le fondement d une circulaire qui avait prØvu que les dØtachements dureraient six ans, sauf dØrogation accordØe par le ministre. MalgrØ cette facultØ de dØrogation, le Conseil d État a regardØ cette circulaire comme posant une vØritable rŁgle, à caractŁre statutaire. Il estime en effet que l absence de limitation de durØe des affectations est une garantie statutaire à laquelle il ne peut Œtre dØrogØ que par dØcret (CE, 14 septembre 1979, FØdØration nationale des tØlØcommunications, n° 10987, T.) : l Ødiction d un simple principe sous rØserve de dØrogation empiŁte alors sur le domaine statutaire. L usage des lignes directrices est ainsi rendu plus dØlicat en matiŁre de fonction publique : l encadrement d un pouvoir discrØtionnaire par des orientations de gestion, mŒme sous rØserve d un examen au cas par cas, peut se heurter au caractŁre statutaire de certaines formes d encadrement de ce pouvoir. Il ne faut toutefois pas en dØduire que cet instrument n a pas sa place en cette matiŁre. L article 30 de la loi n° 2019-828 du 6 aoßt 2019 de transformation de la fonction publique a d ailleurs rØcemment prØvu le recours à des lignes directrices de gestion, Ødictées par chaque autoritØ compØtente, pour fixer des orientations en matiŁre de mobilitØ et en matiŁre de promotion et de valorisation des parcours.

FICHE N° 13 :
Cadre juridique de la dØconcentration 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 affectØs au sein des services dØconcentrØs de l État doivent dØsormais, en principe, Œtre dØvolus aux autoritØs de gestion de ces services. Seuls certains actes de gestion continuent à relever de l administration centrale lorsque cela apparaît prØfØrable eu Øgard à la mission du corps, à son effectif restreint ou à la nature de certains actes de gestion. Lorsque ces pouvoirs sont dØlØguØs aux Øchelons dØconcentrØs, la dØlØgation doit, sauf raisons particuliŁres, s appliquer à toutes les circonscriptions de gestion. Enfin, le principe d Øgalité de traitement des agents d un mŒme corps implique que les actes de gestion pris à l Øchelon local en fonction des mØrites respectifs des agents affectØs localement concernent un effectif suffisant de fonctionnaires.

Les mots du juge

Le Conseil d État estime, sous rØserve de l apprØciation de la juridiction compØtente, qu il ne serait pas raisonnable de dØconcentrer les actes impliquant une apprØciation des mØrites respectifs des agents d un mŒme corps lorsque l effectif de ce corps au niveau local est infØrieur à une cinquantaine d agents
(CE, Avis, Ass. gØnØrale, 7 juin 1990, n° 347712)

Il rØsulte de [l article 2 de la loi du 6 fØvrier 1992] ainsi que de celles des articles 1er et 2 du dØcret du 1er juillet 1992, que, dŁs lors que les pouvoirs de gestion des personnels des corps de fonctionnaires ne relŁvent pas nØcessairement du niveau central, ces pouvoirs doivent en principe Œtre dØvolus aux services dØconcentrØs. Toutefois, tout ou partie de ces pouvoirs peuvent Œtre retenus au niveau des administrations centrales, eu Øgard notamment à la mission confiØe aux corps concernØs, à la situation de leurs effectifs et à la nature des actes de gestion en cause.
Pour chacun de ces actes, lorsque le gouvernement dØcide en application de ces principes de dØlØguer aux prØfets ou aux autres autoritØs dØconcentrØes des pouvoirs de gestion des personnels, il paraît nØcessaire, pour des raisons tenant au risque d atteinte au principe d Øgalité de traitement des agents d un mŒme corps, que la dØlØgation concerne toutes les circonscriptions
(CE, Avis, Sect. finances, 30 mai 1996, n° 358896)

Commentaire

Il est possible de dØconcentrer la gestion des corps de fonctionnaires

Les fonctionnaires sont dans une situation unilatØrale et statutaire et ne bØnØficient donc pas, comme les salariØs, d un contrat qui ne peut Œtre modifiØ sans leur assentiment. Cette absence d individualisation des droits et garanties de chaque fonctionnaire, dont l ensemble des prØrogatives rØsulte du statut de son corps, induit Øgalement une gestion collective de ces corps de fonctionnaires. La gestion d un corps de fonctionnaire est soumise au respect du principe d Øgalité. Le principe constitutionnel d Øgal accŁs aux emplois publics, issu de l article 6 de la dØclaration des droits de l homme et du citoyen, implique une Øgalité de traitement dans le recrutement des fonctionnaires

(cf. la fiche n° 10 Le principe d ØgalitØ de traitement des fonctionnaires). À l intØrieur du corps, les fonctionnaires sont Øgalement traitØs en fonction de leurs seuls mØrites pour le dØroulement statutaire de leur carriŁre. Ce systŁme se traduit par un avancement d Øchelon principalement à l ancienneтØ (avec des diffØrences de rythme relativement faibles entre les membres du corps), un avancement de grade au mØrite prononcØ gØnØralement 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 Øtø assurØe exclusivement par les ministres dont ils dØpendaient ou les fonctionnaires d administration auxquels ceux-ci dØlØguaient leur signature. Dans le silence d un dØcret statutaire, la compØtence pour prendre un acte de gestion appartient à l autoritØ de recrutement, c est-à-dire en principe au ministre dont relŁve le corps. Par un avis du 7 juin 1990, le Conseil d État, dans sa mission de conseiller juridique du gouvernement, a cependant estimØ qu il Øtait possible de dØconcentrer les actes de gestion des fonctionnaires affectØs dans les administrations locales pour les confier à ces administrations, en particulier aux prØfets. Le Conseil d Etat statuant au contentieux a confirmØ que la dØconcentration d actes de gestion des personnels ne porte, par elle-mŒme, pas atteinte au caractŁre national du statut d un corps (CE, 7 juin 2000, Syndicats CNT des travailleurs de culture-santØ-social-Øducation du dØpartement des Yvelines, n° 202608, T.).

La loi n° 92-125 du 6 fØvrier 1992 relative à l administration territoriale de la RØpublique et le dØcret n° 92- 604 du 1er juillet 1992 portant charte de la dØconcentration ont ensuite posØ comme rŁgle que : La dØconcentration est la rŁgle gØnØrale de rØpartition des attributions et des moyens entre les diffØrents Øchelons des administrations civiles de l État , inversant la pratique antØrieure. Prenant acte de ces nouveaux principes, le Conseil d État, dans un second avis, rendu le 30 mai 1996, a estimØ que, dØsormais, il Øtait non seulement possible de dØconcentrer la gestion des fonctionnaires des administrations locales mais que cela doit mŒme Œtre le mode de gestion qui prØvaut en principe.

Le dØcret du 1er juillet 1992 est aujourd hui remplacØ par le dØcret n° 2015-510 du 7 mai 2015. Son article 12 prØvoit que la dØconcentration des actes de gestion des personnels doit en principe Œtre dØfinie par dØcret en Conseil d État[21]. Cependant, en vertu du II de ce mŒme article, les actes de gestion qui ne sont pas soumis à l avis prØalable de la commission administrative paritaire peuvent Œtre dØconcentrØs par arrŒtØ conjoint du ministre chargØ de la fonction publique et du ou des ministres intØressØs, dŁs lors que ces actes sont relatifs à la situation individuelle des agents publics relevant du pØrimŁtre des administrations civiles de l État placØes sous l autoritØ du prØfet de rØgion. Dans ce cas, la dØcision du prØfet doit Œtre prise aprŁs avis du chef de service dØconcentrØ sous l autoritØ duquel exerce l agent.

Juridiquement, la dØconcentration correspond non à une dØlØgation de signature mais à une dØlØgation de pouvoir : le dØlØgant ne peut plus exercer la compØtence en parallŁle de son dØlØgataire, et le dØlØgataire prend ces actes en son nom propre et non au nom du ministre.

Cette dØconcentration est cependant soumise à certaines limites

La dØconcentration de la gestion des fonctionnaires affectØs dans les services dØconcentrØs de l État est dØsormais la rŁgle. Ce n est que lorsque cela apparaît prØfØrable, en raison des missions du corps, de ses effectifs ou des actes de gestion en cause, que l on peut continuer de gØrer tous les fonctionnaires d un corps au niveau de l administration centrale.

Le Conseil d État a ainsi dØgagØ, en 1990, certaines limites encadrant la dØconcentration et les a confirmØes dans son avis de 1996. Il a estimØ que le respect du principe d Øgalitø entre les fonctionnaires d un mŒme corps impliquait :

- d une part, que, lorsqu une dØcision de gestion est prise en comparant les mØrites respectifs des agents, on soit en prØsence d un effectif suffisant dØpendant de l autoritØ 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 prononcØes au mØrite au profit de certains des agents qui en remplissent les conditions. Le Conseil d État a estimØ qu il faut que l effectif du corps au niveau local oø il est gØrØ soit supØrieur à cinquante agents pour que ce type d acte puisse Œtre dØconcentrØ (CE, Avis, AssemblØe gØnØrale, 7 juin 1990, n° 347712). Sans retenir ce chiffre de cinquante, la section du contentieux du Conseil d État a confirmØ l approche des sections consultatives du Conseil d État (CE, 17 dØcembre 1993, ConfØdØration nationale des groupes autonomes de l enseignement public, n° 111629, T.) ;

- d autre part, il ne faut pas, en principe, diffØrencier le niveau de dØconcentration des actes de gestion en fonction des circonscriptions territoriales, sauf si cela est nØcessaire pour respecter le principe qui prØcŁde.

Dans son avis du 30 mai 1996, le Conseil d État a Øgalement estimØ que les rŁgles posØes par le dØcret n° 82- 451 du 28 mai 1982 relatif aux commissions administratives paritaires impliquaient qu en cas de gestion dØconcentrØe, une telle commission soit crØØe auprŁs de chaque autoritØ de gestion locale pour la prØparation des dØcisions relevant de cette autoritØ. Il a, par ailleurs, considØrØ qu il est possible que les actes de gestion retenus par le ministre soient prØparØs par la commission paritaire locale, par exemple pour le pouvoir disciplinaire.

À l intØrieur de ce cadre juridique, la dØconcentration de la gestion des fonctionnaires des administrations locales est dØsormais la rŁgle. L autoritØ de gestion dØconcentrØe n est pas dØsignØe par le dØcret statutaire, dŁs lors qu il ne s agit pas d une disposition de caractŁre statutaire mais d organisation du service : il est prØfØrable d Ødicter des dØcrets distincts, de dØconcentration de la gestion, gØnØralement pris pour un ensemble de corps de fonctionnaires.

21 Le I de l article 12 du dØcret n° 2015-510 du 7 mai 2015 portant charte de la dØconcentration dispose que : Des dØcrets en Conseil d État fixent, pour chaque ministŁre, aprŁs avis de la ou des instances consultatives reprØsentatives des personnels compØtentes, les dØlØgations de pouvoirs accordØes en matiŁre de gestion des personnels exerçant leurs fonctions dans les services dØconcentrØs 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 dØcisions à tout moment. Toutefois, la plupart des dØcisions intØressant la carriŁre ou les avantages accordØs aux fonctionnaires crØent des droits à leur profit : ces dØcisions ne peuvent en principe Œtre abrogØes ou retirØes qu en cas d illØgalitØet dans le dØlai de quatre mois qui suit leur Ødiction.

Les mots du juge et du lØgislateur

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 man uvre pour prendre et modifier les décisions unilatérales par lesquelles elle exerce les pouvoirs qui lui sont confiés dans l intérŒt 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 Œtre acquis : au bout d un certain temps, ils ne pourront plus Œtre remis en cause. Au contraire, si l acte est non créateur de droit, il pourra plus largement Œtre 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

dØcision crØatrice de droits lØgale et qu elle n a que quatre mois pour retirer[22] ou abroger[23] une dØcision crØatrice de droits illØgale (pour la remplacer ou non par une autre dØcision). Ce dØlai court à compter de la signature de la dØcision par l administration et non de sa notification à l intØressØ (CE, sect., 21 dØcembre 2007, SociØtØ Bretim, n° 385515, Rec.). PassØ ce dØlai, seule une annulation par le juge, saisi dans le dØlai de recours contentieux par un tiers, est susceptible de remettre en cause un acte crØateur de droit.

Le code des relations entre le public et l administration est venu codifier, prØciser et gØnØraliser cette jurisprudence aux articles L. 242-1 et L. 242-2 citØs ci-dessus[24].

Lorsque l administration retire illØgalement un acte crØateur de droit et que ce retrait est annulØ par le juge, elle ne dispose pas d un nouveau dØlai de quatre mois pour retirer l acte. En revanche, lorsque l acte avait ØtØ retirØ avant l expiration du dØlai de recours contentieux (qui est en principe de deux mois) les tiers disposent d un nouveau dØlai de recours pour l attaquer, ce dØlai ne courant qu à compter du jour oø une publicitØ adØquate de ce rØtablissement de l acte initial a ØtØ assurØe (CE, Avis, 26 juillet 2018, M. A B CE, 6e et 5e ch. rØunies, 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 Œtre attentif à ce qu une dØcision d abrogation ou de retrait d un acte crØateur de droits ne peut intervenir qu aprŁs respect des droits de la dØfense, en application de l article L. 121-1 du CRPA. De nombreuses dØcisions de retrait sont annulØes faute d Øchange contradictoire prØalable avec l intØressØ, ce qui ferme ensuite à l administration toute possibilitØ de retrait, y compris si la dØcision Øtait bien illØgale. Une dØcision d abrogation ou de retrait d un acte crØateur de droits doit Øgalement Œtre motivØe (art. L. 211-2 du CRPA).

Ce dØlai de quatre mois ne peut Œtre dØpassØ que dans quatre hypothŁses :

- En premier lieu, lorsqu il y a eu fraude (art. L. 241-2 du CRPA) : dans cette hypothŁse, l acte peut Œtre retirØ ou abrogØ à tout moment ;

- En second lieu, un acte peut Œtre crØateur de droit tout en Øtant subordonnØ au maintien d une condition (1° , art. L. 242-2 du CRPA). Par exemple, l attribution de la nouvelle bonification indiciaire liØe à certaines fonctions, dont le maintien est subordonnØ à l exercice de ces fonctions). Tout en Øtant crØateur de droit, l acte peut Œtre abrogØ lorsque la condition n est plus remplie. Il ne peut en revanche pas Œtre retirØ aprŁs le dØlai de quatre mois, mŒme s il est illØgal. Il faut prendre garde que tous les actes ayant des effets prolongØs dans le temps ne sont pas de cette nature : un classement indiciaire irrØgulier, qui produit des effets sur le traitement pendant toute la durØe oø l agent reste dans l Øchelon correspondant et qui se rØpercute sur tous les classements statutaires postØrieurs, ne peut plus Œtre retirØ aprŁs quatre mois. Ces rŁgles doivent, par ailleurs, se combiner avec les rŁgles spØciales de rØpØtition de l indu en matiŁre de rØmunØration des agents publics (cf. la fiche n° 66 Retrait et abrogation d une dØcision pØcuniaire) ;

- Par ailleurs, ce dØlai de quatre mois ne concerne que le retrait ou l abrogation à l initiative de l administration ou de tiers. Le bØnØficiaire de la dØcision peut toujours demander la remise en cause d une dØcision crØatrice de droit pour qu une autre plus favorable lui soit substituØe (CE, 29 octobre 2003, Mme Meyer, n° 241235, T. ; codifiØ 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 hypothŁses oø l intervention du juge va conduire l administration à pouvoir retirer des actes plus de quatre mois aprŁs leur signature. Il en va notamment ainsi lorsque l intervention du juge des rØfØrØs conduit l administration à prendre des mesures provisoires. Si le jugement au fond dØment ce qu avait estimØ le juge des rØfØrØs, l administration peut, dans certaines conditions, retirer ou abroger les actes qu elle avait pris à la suite du rØfØrØ dans les quatre mois suivant la notification à l administration du jugement. Il en va ainsi, par exemple, lorsque le juge des rØfØrØs suspend une rØvocation ou un licenciement, ce qui conduit à l administration à rØintØgrer provisoirement l agent. Si le juge du fond valide finalement la mesure d Øviction du service, l administration est en droit de retirer la dØcision de rØintØgration et tous ses actes d application dans un dØlai de quatre mois à compter de la notification du jugement, à l exception de celles qui tirent la consØquence du service accompli par l agent (CE, 23 mai 2018, Ministre de l intØrieur c/ M. X , n° 416313, T.).

Lorsque pour soustraire au juge une dØcision soumise à son contrôle, l administration retire la dØcision attaquØe et prend concomitamment une nouvelle dØcision de mŒme portØe, le juge ne peut plus se prononcer sur la lØgalitØ de la premiŁre dØcision dŁs lors qu elle a disparu rØtroactivement de l ordonnancement juridique, mais il se considŁre saisi de la nouvelle dØcision sans que le requØrant ait à introduire une nouvelle requŒte (CE, 15 octobre 2018, n° 414375, T.).

La plupart des actes de carriŁre ou accordant des avantages aux fonctionnaires sont des actes crØateurs de droit

Les dØcisions suivantes sont crØatrices de droits, ce qui signifie que, si elle commet une erreur, l autoritØ de gestion ne peut remettre en cause sa dØcision que dans les conditions prØvues par les articles L. 242-1 et L. 242-2 du CRPA :

22 Le retrait consiste à faire disparaître rØtroactivement un acte de l ordonnancement juridique. Il produit donc des effets identiques à une annulation prononcØe par le juge, la seule diffØrence Øtant que le retrait rØsulte du fait de l administration.

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

24 Ces rŁgles ne valent que sous rØserve de rØgimes lØgislatifs particuliers. Ainsi, le Conseil d État a jugØ que le retrait de la nomination irrØguliŁre d un magistrat est impossible, y compris dans le dØlai de quatre mois, du fait du rØgime particulier de l ordonnance n° 58-1270 du 22 dØcembre 1958 portant statut de la magistrature (CE, Sect., 1er octobre 2010, Mme A , n° 311938, Rec.).

- l inscription sur la liste des candidats pouvant participer à un examen professionnel[25] (CE, 16 mars 1977, Dame Schild, n° 99859, T. ; CE, 17 dØcembre 2008, M. X , n° 290494, T.) ;

- l arrŒtØ plaçant un agent en congØ 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 Øchelon (CE, 7 janvier 2013, M. A e, n° 342062, T.), une promotion de grade (CE, 7 aoßt 2008, Mme A , n° 287581, T.), l admission comme stagiaire dans un corps ou la titularisation dans ce corps ;

- la dØcision de l autoritØ du corps d accueil d un fonctionnaire dØtachØ de solliciter le renouvellement du dØtachement de ce fonctionnaire (CE, 16 avril 2010, M. A , n° 304872, T.) ;

- toutes les dØcisions accordant des avantages financiers (CE, Sect., 12 octobre 2009, M. A , n° 310300, Rec. ; CE, 13 dØcembre 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 Øtrangłres c/ M. A , n° 385710, T.).

Le cas des dØcisions de nomination à certaines fonctions, dans le corps d origine ou par dØtachement, est particulier. Une dØcision informant un fonctionnaire de sa prochaine affectation n est, en principe, pas crØatrice de droits (CE, 18 mai 1984, M. X y, n° 33342, Rec. ; CE, 30 septembre 1994, M. X , n° 146476, Rec.). Lorsque les fonctions confiØes sont rØvocables à tout moment, y compris lorsqu il ne s agit pas d un emploi à la discrØtion 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 dØcision de nomination n est pas crØatrice de droits (CE, 14 mai 2014, M. A n° 363529, T. ; CE, 23 avril 2009, M A , n° 316862, Rec.). Cela a pour principale consØquence que la dØcision mettant fin à cette affectation dans l intØrŒt du service n a pas à Œtre motivØe.

Ce n est que lorsque la nomination est prØvue pour une certaine durØe ou avec une certaine stabilitØ que la dØcision est crØatrice de droits. Elle peut nØanmoins Œtre abrogØe à tout moment dans l intØrŒt du service ; l abrogation doit cependant, du fait de ce caractłre crØateur de droit, Œtre motivØe (cf pour la dØcision mettant fin à un dØtachement avant le terme prØvu, CE, 7 juin 1985, M. X , n° 46091, T. ; pour la dØcision mettant fin à une affectation prononcØe avant son terme au titre de la mobilitØ statutaire, CE, 4 mars 2009, M. A , n° 311122, T.). La jurisprudence n est pas parfaitement prØvisible, certaines nominations prononcØes sans durØe particuliłre ayant ØtØ considØrØes comme crØatrices de droit (CE, 20 octobre 2000, Mme X , n° 201061, T). Lorsque la nomination est crØatrice de droits, ces droits sont crØØs dłs la signature de la dØcision, en vertu d une jurisprudence plus gØnØrale sur les nominations (CE, sect., 24 fØvrier 1967, M. de X , n° 66245, Rec.).

Il faut cependant Œtre attentif à la portØe des droits crØØs

Lorsqu une dØcision rØsulte d une pure erreur matØrielle, elle peut, dans certains cas extrŒmes, Œtre dØpourvue de toute existence lØgale. Dans un tel cas, elle ne crØe Øvidemment aucun droit (pour un avancement d Øchelon : CE, 28 dØcembre 2005, M. A , n° 279432, T.). Cette jurisprudence est toutefois restrictive, des irrØgularitØs grossiłres ne rendant pas un acte inexistant (CE, 11 aoßt 2009, Mme A , n° 303711, T.).

Surtout, certains actes ne peuvent crØer de droits qu à l Øgard des fonctionnaires ou des fonctionnaires d une des trois fonctions publiques. Ainsi, le fait qu un fonctionnaire du dØpartement candidate et obtienne par erreur d Œtre inscrit par le prØfet sur la liste des fonctionnaires de l État admis à un stage de formation professionnelle, pendant lequel les intØressØs restent titulaires de leur poste et conservent leur traitement, ne crØe aucun droit au profit de ce fonctionnaire du dØpartement (CE, 19 novembre 1975, Dame X y, n° 93557, T.).

Il est Øgalement important de bien mesurer la portØe des droits : la dØcision dØcidant d un taux de prime donne droit à ce taux pour la pØriode considØrØe mais pas à son maintien pour l avenir (CE, 19 dØcembre 1980, Sieur X et autres, n° 11538, T.). Un fonctionnaire qui rØussit un concours a, sous rØserve de remplir les conditions lØgales, un droit à Œtre nommØ stagiaire dans le corps et à commencer à effectuer le stage (un renvoi devant Œtre motivØ par une inaptitude dØmontrØe), mais n a pas de droit à Œtre titularisØ (CE, 11 dØcembre 2006, Mme A , n° 284746, T.). Lorsqu un fonctionnaire bØnØficie d un avancement de grade, cette promotion doit Œtre conditionnØe à l acceptation de l emploi qui peut, le cas Øchéant, lui Œtre assignØ 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 crØateur de droit (CE, 27 juillet 1990, M. X , n° 86897, T.).

25 Pour les concours de recrutement des fonctionnaires, des dispositions lØgislatives spØcifiques organisent la vØrification des conditions de participation au concours.

FICHE N° 15 :
Le principe de non rØtroactivitØ des actes de gestion et ses exceptions

CE, Ass., 25 juin 1948, SociØtØ du journal « l Aurore », n° 94511, Rec.
CE, 5 janvier 1977, Secrétaire d État aux postes et tØlØcommunications c/ Dlle X n° 97373, T.

L essentiel

Les dØcisions de l administration ne peuvent pas, en principe, avoir de caractŁre rØtroactif : elles ne peuvent disposer qu à compter de leur entrØe en vigueur. Cependant, ce principe connaît des exceptions lorsqu une disposition lØgislative ou un principe de niveau lØgislatif implique une telle rØtroactivitØ Ces exceptions trouvent souvent à s appliquer en matiŁre de fonction publique, mŒme si elles doivent Œtre maniØes avec circonspection.

Les mots du juge

« Les rŁglements ne disposent que pour l avenir »
(CE, Ass., 25 juin 1948, SociØtØ du journal « l Aurore », n° 94511, Rec.)

« Lorsque [un fonctionnaire en congØ de longue durØe] n a pas prØsentØ une demande de rØintØgration ou de prolongation de congØ en temps utile et que les procØdures d examen mØdical se sont trouvØes retardØes, la dØcision prolongeant son congØ n intervient que postØrieurement à l expiration de celui-ci. Dans ce cas, l administration, tenue d assurer le dØroulement continu de la carriŁre du fonctionnaire en plaçant ce dernier dans une position rØguliŁre, est nØcessairement conduite à faire remonter les effets de la prolongation de congØ qu elle accorde à la date d expiration de celui-ci »
(CE, 5 janvier 1977, Secrétaire d État aux postes et tØlØcommunications c/ Dlle X, n° 97373, T.)

Commentaire

Les actes administratifs ne peuvent pas, en principe, Œtre rØtroactifs

L administration prend, en vertu de ses prØrogatives de puissance publique, des actes unilatØraux qui s imposent aux administrØs. En contrepartie, ces actes sont encadrØs par des rŁgles de compØtence, de procØdure et de fond. La plupart de ces rŁgles rØsultent de textes qui s imposent à l administration (Constitution, conventions internationales, lois) ou de rŁglements administratifs qu elle a elle-mŒme ØdictØs. Quelques-unes d entre elles sont non Øcrites ; elles s imposent tant qu une loi ou une norme supØrieure ne les Øcarte pas. La jurisprudence les a nommØes « principes gØnØraux du droit ». Parmi ces principes, il en est un particuliŁrement important pour l action administrative : le principe de non rØtroactivitØ des actes administratifs, tant rØglementaires (CE, Ass., 25 juin 1948, SociØtØ du journal « l Aurore », n° 94511, Rec.) qu individuels (CE, 25 fØvrier 1949, Sieur Roncin, n° 71508, Rec.).

La loi peut avoir un caractŁre rØtroactif (sauf en matiŁre pØnale), mŒme si le Conseil constitutionnel contrôle l usage de cette faculté par le lØgislateur : la rØtroactivitØ doit Œtre justifiØe par un motif d intØrŒt gØnØral suffisant. A l inverse, les actes de l administration, rØglementaires ou individuels ne le peuvent pas : ils ne s appliquent qu à compter de leur date d entrØe en vigueur. En principe, un rŁglement n est opposable et ne peut s appliquer qu à compter du jour qui suit sa publication, assurØe par des modalitØs adØquates, et une dØcision individuelle qu à compter de sa notification. Il n en va autrement que si une loi, un traitØ ou la jurisprudence l a autorisØ. Cette dØrogation peut Œtre prØcisØment prØvue par un texte mais il arrive Øgalement que le juge dØduise d un principe lØgislatif ou de l Øconomie de la loi la nØcessitØ pour l administration de prendre un acte rØtroactif. En particulier, lorsqu un acte non rØtroactif crØerait un

vide juridique au regard du systŁme crØØ par la loi, le juge autorise, à titre exceptionnel, la rØtroactivitØ d un acte administratif. L administration peut Øgalement, dans certaines conditions, retirer rØtroactivement une dØcision administrative (cf. la fiche n° 14 Le retrait et l abrogation d un acte de gestion).

En matiŁre de fonction publique, le principe de continuitØde la carriŁre autorise à rØgulariser rØtroactivement la situation d un fonctionnaire

Le lØgislateur a crØØ une fonction publique de carriŁre : une fois titularisØ, le fonctionnaire a le droit d effectuer dans l administration une carriŁre continue et conforme à son statut tant qu il n est pas radiØ des cadres. Cette exigence lØgislative autorise les autoritØs de gestion à prendre, en matiŁre de fonction publique, des actes rØtroactifs lorsque cela est nØcessaire pour garantir la continuitØ de la carriŁre d un fonctionnaire (CE, 5 janvier 1977, SecrØtaire d État aux postes et tØlØcommunications c/ Dlle X , n° 97373, T. ; CE, 23 mai 1980, Ministre de l intØrieur et ministre de la santØ c/ M. X et autre, n° 2347, Rec.).

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

- dŁs lors qu un fonctionnaire a ØtØ nommØ dans un corps, il doit bØnØficier d un classement à un Øchelon de son nouveau grade à compter de cette date ; si ce classement n intervient que postØrieurement, il doit Œtre prononcØ à titre rØtroactif (CE, 19 mars 1975, Sieur X , T.) ;

- si un fonctionnaire a dØjà ØtØ nommØ dans un emploi correspondant à un autre corps que le sien, et l exerce effectivement, il doit Œtre placØ rØtroactivement en position de dØtachement ou de mise à disposition (CE, 23 mai 1980, Ministre de l intØrieur et ministre de la santØ c/ M. X et autre, n° 2347, Rec.) ;

- en matiŁre de congØ de maladie, la rØtroactivitØ s avŁre presque inØvitable du fait du dØlai d instruction de certaines dØcisions. Cela crØe des difficultØs rØcurrentes qui sont traitØes par la jurisprudence. Il est frØquent de prononcer d abord un placement en congØ de maladie ordinaire et, s il se rØvŁle ensuite que l affection ouvre droit à un congØ de longue maladie, celui-ci est prononcØ à partir de la date à laquelle on peut estimer que le rØgime de ce congØ devait commencer à s appliquer. Cela peut conduire à rØtroactivement requalifier tout ou partie du congØ de maladie ordinaire en congØ de longue maladie. De mŒme, lorsque les investigations et l examen par la commission de rØforme ont permis de conclure à l imputabilitØ au service de l accident ou de la maladie, le congØ est rØtroactivement prononcØ en lien avec le service. De mŒme encore, lorsque les procØdures et examens mØdicaux n ont pas ØtØ effectuØs à temps pour pouvoir prendre la dØcision de prolongation d un congØ de maladie ou de reprise du service avant l expiration de la prØcØdente pØriode de congØ, la prolongation peut Œtre prononcØe rØtroactivement lorsque cette dØcision est prise pour garantir la continuitØ de la carriŁre (CE, 5 janvier 1977, SecrØtaire d État aux postes et tØlØcommunications c/ Dlle X , n° 97373, T) ;

- une admission à la retraite tirant les consØquences de l intervention d une limite d âge peut Œtre prononcØe à titre rØtroactif 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 rØgularisation de la situation du fonctionnaire. Plutôt que de considØrer que la nomination sans dØtachement est illØgale sans rØgularisation possible, le juge accepte que l administration prononce le dØtachement rØtroactivement. Il ne faut pas abuser de ce qui constitue surtout une souplesse de gestion, assise sur le principe de continuitØ de la carriŁre.

L administration est Øgalement autorisØe à prendre des actes rØtroactifs lorsque cela est nØcessaire à l exØcution d une dØcision de justice ayant annulØ rØtroactivement un acte administratif. En particulier, lorsque le juge annule une dØcision de licenciement ou de rØvocation d un fonctionnaire, ce fonctionnaire doit non seulement Œtre rØintØgrØ dans son corps et toucher, à titre d indemnitØ, les sommes qu il aurait perçues s il n avait pas ØtØ illØgalement Øvincø du service, mais l administration doit aussi rØtroactivement reconstituer sa carriŁre en prononçant les diffØrents avancement d Øchelons, voire de grades, auquel l intØressØ aurait pu prØtendre (CE, 26 dØcembre 1925, Sieur RodiŁre, n° 88369, Rec.).

Enfin, dans certains cas exceptionnels, le Conseil d État a admis que l administration prenne un acte rØglementaire de façon rØtroactive pour combler un vide juridique. Ainsi, dans un cas oø des professeurs avaient ØtØ nommØs sans qu ait ØtØ pris le rŁglement dØfinissant leurs obligations de service, il a admis qu un rŁglement vienne rØtroactivement apporter les prØcisions indispensables au calcul de la rØmunØration des intØressØs (CE, 7 fØvrier 1979, Association des professeurs agrØgØs des disciplines artistiques, n° 08003, Rec.).

En revanche, en l absence d obligation de reconstitution de carriŁre dØcoulant soit d une dØcision de justice, soit d une disposition lØgislative, soit encore de l obligation d assurer au fonctionnaire le dØroulement continu de sa carriŁre, le caractŁre rØtroactif [d une nomination] ( ) est illØgal . La rØtroactivitØ n est lØgale que si elle vient tirer les consØquences d une situation de fait antØrieure qui s impose à l administration ou d un autre acte de gestion qui, lui, n a pas ØtØ prononcØ de façon rØtroactive. Ainsi :

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

- symØtriquement, un dØcret mettant fin à des fonctions de façon rØtroactive est illØgal (CE, 10 fØvrier 1965, Sieur Pontillon, n° 62588, Rec.) ;

- une promotion de grade ne peut normalement pas Œtre prononcØe à titre rØtroactif (CE, 8 avril 2009, M D , n° 297851, InØdit) ;

L annulation d un acte de gestion pour excŁs de pouvoir par le juge n autorise par ailleurs la rØtroactivitØ que pour

garantir la continuitØ de la carriŁre : ainsi, une mutation ne peut intervenir rØtroactivement à la date à laquelle une premiŁre dØcision de mutation a ØtØ prononcØe puis annulØe par le juge (CE, 29 octobre 2012, Commune de CabriŁs, n° 348341, T.) ; il en va de mŒme lorsque l administration reprend une mesure radiant des cadres un fonctionnaire aprŁs l annulation au contentieux d une mesure identique : elle ne peut produire d effet à une date antØrieure à celle de sa notification (CE, Sect., 27 mai 1977, Sieur Z , n° 93920, Rec.).

FICHE N° 16 :
Le principe de la sØcuritØjuridique

CE, 25 juin 2007, Syndicat CFDT du ministŁre des affaires ØtrangŁres, n° 304888, Rec.

L essentiel

L administration doit respecter le principe de sØcuritØjuridique. Celui-ci implique notamment que, lorsqu elle change les rŁgles applicables à la fonction publique, l administration prØvoit une entrØe en vigueur diffØrØe ou une pØriode transitoire si cette modification porte à des intØrŒts publics ou privØs une atteinte excessive au regard de l objectif poursuivi.

Les mots du juge

ConsidØrant qu en ne prØvoyant pas le report, d une annØe à tout le moins, de l entrØe en vigueur [d arrŒtØs modifiant substantiellement les Øpreuves d un concours de recrutement], afin de permettre aux candidats de disposer d un dØlai raisonnable pour s y adapter, le ministre des affaires ØtrangŁres a mØconnu le principe de sØcuritØ juridique
(CE, 25 juin 2007, Syndicat CFDT du ministŁre des affaires ØtrangŁres, n° 304888, Rec.)

Commentaire

La sØcuritØjuridique est une notion complexe aux exigences multiples

La sØcuritØ juridique est une notion complexe. De façon gØnØrale, elle vise à ce que chacun sache ce qu est le droit qui est applicable à sa situation. Cet objectif se dØcline en une sØrie d exigences distinctes.

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

D autre part, il doit Øgalement avoir une certaine stabilitØ ou n Øvoluer que de façon à ne pas surprendre et gŒner excessivement les sujets de droit. Ainsi, la sØcuritØ juridique exige :

- que le droit existant ne puisse Œtre remis en cause que de façon limitØe : le retrait d une dØcision administrative crØatrice de droits est encadrØ par des rŁgles strictes et les recours juridictionnels sont soumis à des rŁgles de dØlai et de prescription des droits. Le Conseil d État a d ailleurs rØcemment affirmØ que, mŒme lorsque les dØlais de recours ne sont pas opposables et qu aucun dØlai de prescription ne s applique, un recours tendant à remettre en cause une dØcision administrative individuelle doit Œtre exercØ dans un dØlai raisonnable, qui est en principe, pour une dØcision expresse, d un an à compter du moment oø il est Øtabli que le requØrant en a eu connaissance (CE, Ass., 13 juillet 2016, M. B , n° 387763, Rec.). Cette limitation du recours est trŁs importante, notamment en matiŁre de fonction publique : elle borne le recours chaque fois que la notification s est faite sans mention des voies et dØlais de recours, ce qui rend le dØlai de recours inopposable, ou que la preuve de la notification a ØtØ ØgarØe ou n est plus conservØe ;

- pour l avenir, en revanche, nul n a le droit au maintien d une rØglementation : l autoritØ compØtente peut toujours changer la rŁgle applicable. Cependant, le juge administratif estime qu il incombe à l autoritØ investie du pouvoir rØglementaire d Ødicter, pour des motifs de sØcuritØ juridique, les mesures transitoires qu implique une rØglementation nouvelle lorsque les rŁgles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive à des situations contractuelles en cours qui ont ØtØ lØgalement nouØes (CE, 23 mars 2006, SociØtØ KPMG et SociØtØ Ernst & Young Audit et autres, n° 288460, Rec.) ou à d autres intØrŒts publics ou privØs en cause (CE, Sect., 13 dØcembre 2006, Mme A B , n° 287845, Rec.). Ainsi, le pouvoir rØglementaire peut toujours changer une rŁgle mais lorsque ce changement est manifestement trop brutal au regard de l objectif poursuivi, il doit adopter une attitude souple et prØvoir une entrØe en vigueur diffØrØe ou un rØgime transitoire.

En matiŁre de fonction publique, cette exigence impose de prØvoir, dans certains cas, des mesures transitoires lorsque la rŁglementation change

Le Conseil d État a appliquØ ces principes en matiŁre de fonction publique. Il a ainsi estimØ qu il Øtait contraire à la sØcuritØ juridique de modifier substantiellement les Øpreuves d un concours de recrutement de fonctionnaires du Quai d Orsay, moins d un an avant le concours, alors que ce concours nØcessitait une prØparation longue et spØcifique. Dans la mesure oø rien n exigeait que cette modification, dont l opportunitØ n Øtait pas contestØe, entrât en vigueur immØdiatement, le Conseil d État a exigØ que l entrØe en vigueur du nouveau rŁglement soit diffØrØe dans le temps (CE, 25 juin 2007, Syndicat CFDT du ministŁre des affaires ØtrangŁres, n° 304888, Rec.). À l inverse, s agissant de la modification du concours d entrØe dans les Øcoles normales supØrieures d Ulm et de Fontenay-Saint-Cloud, il a estimØ que le dØlai d un an prØvu entre la publication d arrŒtØs modifiant les Øpreuves Øcrites de composition française et la date des prochaines Øpreuves Øcrites rØgies par ces nouvelles rŁgles permettait aux candidats et aux enseignants de s adapter à ces modifications : le principe de sØcuritØ juridique Øtait donc respectØ (CE, 3 octobre 2011, M. X et autres, n° 329233, T.).

De mŒme, le Conseil d État a jugØ conforme au principe de sØcuritØ juridique un dØcret plafonnant le nombre de jours susceptibles d Œtre inscrit par un agent sur son compte-Øpargne-temps en relevant que des mesures transitoires avaient ØtØ prØvues pour permettre le maintien de l intØgralitØ des jours dØjà inscrits sur le compte jusqu à une certaine date (CE, 11 octobre 2010, Syndicat CFDT du ministŁres des affaires ØtrangŁres et autres, n° 322980, T.).

Lorsque la nouvelle rŁgle nØcessite un temps d adaptation, une pØriode transitoire est particuliŁrement nØcessaire lorsque la mØconnaissance de la rŁgle peut faire l objet d une sanction (pour un exemple rØcent : CE, 8 juillet 2016, FØdØration des promoteurs immobiliers, n° 389745, T.).

En revanche, le Conseil d État a prØcisØ que le principe de sØcuritØ juridique ne pouvait justifier un dØpassement du dØlai de transposition d une directive europØenne, sauf motif impØrieux exigeant un report de l application de la nouvelle rŁgle au-delà de la limite de transposition. S agissant d un dØcret Øtant intervenu aprŁs la date limite de transposition d une directive pour instituer une durØe maximale hebdomadaire au temps de travail effectif des sapeurs-pompiers professionnels logØs, le Conseil d État a estimØ qu il devait, du fait de l expiration de la limite de transposition, entrer en vigueur immØdiatement et a donc annulØ la disposition qui en repoussait l entrØe en vigueur (CE, 3 novembre 2014, FØdØration 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 libertØ syndicale et de non-discrimination entre organisations syndicales lØgalement constituØes font obstacle à ce que soient rØservØs aux seules organisations syndicales reprØsentatives les moyens destinØs à faciliter l'exercice du droit syndical au sein de l'administration, si ceux-ci ne sont pas limitØs en raison de contraintes particuliŁres ou des nØcessitØs du service.

Les mots du juge

En prØcisant, d'une part, les critŁres permettant de dØterminer les organisations syndicales appelØes à bØnØficier de la mise à disposition d'un local et de la facultØ de tenir des rØunions mensuelles d'information durant les heures de service et, d'autre part, les critŁres de rØpartition entre organisations syndicales du contingent global de crØdit de temps syndical, le pouvoir rØglementaire s'est bornØ à dØterminer les conditions d'attribution de certaines facilitØs d'exercice des droits syndicaux, rØservØes en tout ou partie, compte tenu soit des nØcessitØs du service, soit de l'objet mŒme de ces facilitØs, aux organisation syndicales les plus reprØsentatives au sens de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, et n'a ni dØfini lui-mŒme de façon gØnØrale les critŁres de reprØsentativitØ des organisations syndicales, ni portØ à l'exercice du droit syndical une restriction qui relŁverait de la loi. Il n'a, par suite, pas empiØtØ sur la compØtence rØservØe au lØgislateur par la Constitution
(CE, 23 juillet 2014, Syndicat national des collŁges et des lycØes et autres, n° 358349, T.)

ConsidØrant que les principes de libertØ syndicale et de non-discrimination entre organisations syndicales lØgalement constituØes font obstacle à ce que soient rØservØs aux seules organisations syndicales reprØsentatives les moyens destinØs à faciliter l'exercice du droit syndical au sein de l'administration si ceux-ci ne sont pas limitØs en raison de contraintes particuliŁres ou des nØcessitØs du service
(CE, 26 septembre 2014, Syndicat national des collŁges et des lycØes, 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 activitØ : le refus de l'administration de fournir à une organisation syndicale les moyens de son action est constitutif d'une atteinte grave et manifestement illØgale à la libertØ syndicale, qui peut donc justifier une intervention du juge administratif en rØfØrØ, sur le fondement de l'article L. 521-2 du CJA relatif au rØfØrØ- libertØ (CE, 29 septembre 2008, Syndicat autonome dØpartemental des fonctionnaires territoriaux des PyrØnØes orientales, n° 315909, InØdit). Les conditions d'attribution de ces moyens sont fixØes par la loi pour les fonctions publiques territoriale (art. 100 et 100-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984) et hospitaliŁre (art. 96 et 98 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986), prØcisØes par dØcret en Conseil d'État[1], ainsi que par le dØcret n° 82-447 du 28 mai 1982 relatif à l'exercice du

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

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

Dans ses dispositions issues du dØcret n° 2012-224 du 16 fØvrier 2012, le dØcret du 28 mai 1982 prØcitØ rØserve aux organisations reprØsentatives le bØnØfice d un local et la possibilitØ d organiser des rØunions pendant les heures de service. Le mŒme dØcret du 16 fØvrier 2012 prØvoit 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 modalitØs sont fixØes par arrŒtØs.

Les recours formØs contre ce dØcret d une part et une circulaire du ministre de l Øducation nationale d autre part, ont donnØ au Conseil d État l occasion de prØciser les modalitØs de rØpartition des moyens permettant aux organisations syndicales d exercer effectivement leurs activitØs. Les deux dØcisions (CE, 23 juillet 2014, Syndicat national des collŁges et des lycØes et autres, n° 358349, T. et CE, 26 septembre 2014, Syndicat national des collŁges et des lycØes, n° 361293, T.) se fondent sur les principes constitutionnels (6ŁmeØ alinØa du PrØambule de la Constitution du 27 octobre 1946) et conventionnels (paragraphe 1er de l article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l homme et des libertØs fondamentales) de libertØ syndicale et de non-discrimination entre organisations syndicales lØgalement constituØes, dont elles explicitent la portØe. En vertu de ces principes en effet, seule une limitation inhØrente à certains moyens, en raison de contraintes particuliŁres ou des nØcessitØs du service, peut justifier qu ils ne soient pas mis à disposition de l ensemble des organisations syndicales lØgalement constituØes.

La dØcision du 23 juillet 2014 justifie pour ce motif que la mise à disposition de locaux et la possibilitØ d organiser des rØunions pendant les heures de service soient rØservØes aux organisations reprØsentatives. Les locaux et les heures de travail sont en effet des ressources dont la raretØ caractØrise une contrainte particuliŁre, justifiant qu elles ne soient pas octroyØes à toute organisation syndicale, mais en fonction d un critŁre objectif de reprØsentativitØ (CE, 23 juillet 2014, Syndicat national des collŁges et des lycØes et autres, n° 358349, T.).

La dØcision du 26 septembre 2014 relŁve, en revanche, que l utilisation d espaces numØriques sur le rØseau intranet du ministŁre de l Øducation nationale n est limitØe par aucune contrainte particuliŁre ni par aucune nØcessitØ du service. Or, par circulaire, le ministre de l Øducation nationale avait restreint aux seules organisations reprØsentatives l utilisation d un espace dØdiØ de l intranet du ministŁre. La restriction de cette ressource aux seules organisations reprØsentatives Øtant illØgale, la dØcision annule ces dispositions de la circulaire (CE, 26 septembre 2014, Syndicat national des collŁges et des lycØes, 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 rØforme de la fonction publique de 1946 et en vertu du huitiŁme alinØa du prØambule 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 supØrieurs de chacun des trois versants de la fonction publique, ainsi que des commissions administratives paritaires, des comitØs techniques et des comitØs d hygiŁne, de sØcuritØ et des conditions de travail. La participation se traduit notamment par le caractŁre 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 rØformes proposØes et de proposer des modifications. Cette consultation constitue pour les agents publics une garantie (CE Ass., 23 dØcembre 2011, X... n° 335053, Rec. ; cf. la fiche n° 94 Le vice de procØdure), dont la mØconnaissance entache la procØdure d irrØgularitØ La jurisprudence a ainsi prØcisØles cas dans lesquels cette consultation devait s opØrer et les modalitØs à respecter pour ne pas entacher une procØdure d irrØgularitØ

Les mots du juge

ConsidØrant que si le Gouvernement a, postØrieurement à la consultation, apportØ certaines modifications aux dispositions soumises au conseil et notamment regroupØ en un seul dØcret les deux projets sur lesquels il l avait consultØ, il ressort de la comparaison des textes ayant fait l objet de la consultation et du dØcret attaquØ que le conseil supØrieur a ØtØ consultØ sur l ensemble des questions traitØes par le texte dØfinitif ; qu ainsi le Gouvernement a satisfait aux obligations qui lui incombaient (CE, 27 novembre 1992, FØdØration Interco CFDT et autres, n° 129600, Rec.)

ConsidØrant ( ) que l organisme dont une disposition lØgislative ou rØglementaire prØvoit la consultation avant l intervention d un texte doit Œtre mis à mŒme d exprimer son avis sur l ensemble des questions soulevØes par ce texte ; que, par suite, dans le cas oø, aprŁs avoir recueilli son avis, l autoritØ compØtente pour prendre le texte envisage d apporter à son projet des modifications, elle ne doit procØder 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.)

ConsidØrant que la consultation obligatoire de chaque comitØ technique paritaire prØalablement à l adoption par le conseil d administration de chaque Øtablissement public à caractŁre scientifique, culturel et professionnel de la demande de regroupement prØvue par les dispositions prØcitØes de l article L. 711-1 du code de l Øducation, qui a pour objet d Øclairer chacun de ces conseils sur la position des reprØsentants du personnel de l Øtablissement concernØ, constitue pour ces derniers une garantie qui dØcoule du principe de participation des travailleurs à la dØtermination collective des conditions de travail consacrØ par le huitiŁme alinØa du prØambule de la constitution du 27 octobre 1946 (CE Ass. 23 dØcembre 2011, Danthony, n° 335053, Rec.)

ConsidØrant ( ) qu une question ou un projet de disposition ne doit Œtre soumis à la consultation du comitØ d hygiŁne, de sØcuritØ et des conditions de travail que si le comitØ technique ne doit pas lui-mŒme Œtre consultØ sur la question ou le projet de disposition en cause ; que le comitØ d hygiŁne, de sØcuritØ et des conditions de travail ne doit ainsi Œtre saisi que d une question ou projet de disposition concernant exclusivement la santØ, la sØcuritØ ou les conditions de travail ; qu en revanche, lorsqu une question ou un projet de disposition concerne ces matiŁres et l une des matiŁres ønumØrØes à l article 34 du dØcret du 15 fØvrier 2011, seul le comitØ technique doit Œtre obligatoirement consultØ ; que, ce comitØ peut, le cas Øchøant, saisir le comitØ d hygiŁne, de sØcuritØ et des conditions de travail de toute question qu il juge utile de lui soumettre ; qu en outre, l administration a toujours la facultØ de consulter le comitØ d hygiŁne, de sØcuritØ et des conditions de travail
(CE, 2 juillet 2014, Association autonome des parents d ØlŁves de l Øcole Émile Glay et autre, n° 367179, Rec.)

Commentaire

La loi n° 2019-828 du 6 aoßt 2019 a consacrØ 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 modalitØs du dialogue social adoptØes par la loi, cet article 9 prØcise dØsormais que les fonctionnaires participent par l intermØdiaire de leurs reprØsentants syndicaux, en sus de l Ølaboration des rŁgles statutaires, à la dØfinition des orientations en matiŁre de politique de ressources humaines telles que dØterminØes par les lignes directrices de gestion (LDG) ainsi qu à l examen de dØcisions individuelles.

Le Conseil commun de la fonction publique ainsi que les trois conseils supØrieurs de chacun des versants de la fonction publique sont consultØs sur les questions relatives à l organisation et au fonctionnement de la fonction publique en gØnØral ou de l un de ses trois versants. De mŒme, les comitØs techniques, qui existent dans chacun des trois versants de la fonction publique[2] aux diffØrents niveaux de structure administrative (pour la fonction publique d État, il existe ainsi des comitØs techniques ministØriels, centraux, rØgionaux, dØpartementaux), sont compØtents sur les questions gØnØrales 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 aoßt 2019 a organisØ la fusion des comitØs techniques (CT) et des comitØs d hygiŁne, de sØcuritØ et des conditions de travail (CHSCT) dans des comitØs 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 connaitre de diverses questions dont celles relatives aux lignes directrices de gestion en matiŁre de mutations, de mobilitØ, de promotion et de valorisation des parcours professionnels.

Les commissions administratives paritaires (CAP) chargØes d examiner les questions individuelles, voient leurs compØtences recentrØes sur les dØcisions individuelles les plus complexes ou dØfavorables. Elles ne seront plus consultØes sur les dØcisions individuelles de mobilitØ à compter du 1er janvier 2020 et sur les dØcisions individuelles en matiŁre d avancement et de promotion à compter du 1er janvier 2021, dont le cadre est dØsormais fixØ par les LDG. Le respect de la consultation des organismes de participation est une question de rØgularitØ, de forme de la procØdure. Cette exigence procØdurale a donnØ lieu à un contentieux important, donnant à la jurisprudence les occasions de distinguer rØgularitØ et formalisme : le respect de la forme rØguliŁre de la procØdure est essentiel, mais doit Øviter un formalisme excessif qui conduirait à bloquer la vie administrative elle-mŒme.

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

Le respect de la procØdure est apprØciØ concrŁtement par le juge administratif : la consultation en effet porte sur les questions que soulŁve un texte et non sur la lettre du texte lui-mŒme. Ainsi, le juge administratif contrôle si l organe compØtent a ØtØ mis à mŒme d exprimer son avis sur l ensemble des questions soulevØes par ce texte.

En consØquence, le Conseil d État juge, afin d Øviter un formalisme excessif, que si l administration modifie le texte postØrieurement à la consultation de l organe compØtent, elle n est tenue de procØder à une nouvelle consultation que si les modifications apportØes suscitent des questions sur lesquelles l organe n a pas ØtØ amenØ à se prononcer lors de la consultation (CE, 27 novembre 1992, FØdØration 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 hospitaliŁre : art. L. 6144-3 et L. 6144-3 du code de la santØ 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 compØtents dans des domaines qui peuvent se recouper partiellement[3]. Dans ce cas, seule la consultation du CT revŒt un caractŁre obligatoire, ce dernier ayant la facultØ 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 compØtence : santØ, sØcuritØ ou conditions de travail (CE, 2 juillet 2014, Association autonome des parents d ØlŁves de l Øcole Émile Glay et autre, n° 367179, Rec.).

Le contour du département ministériel et la compétence du comité technique

L article 3 du dØcret n° 2011-184 du 15 fØvrier 2011 relatif aux comitØs techniques de la fonction publique d État dispose que dans chaque dØpartement ministØriel, un comitØ technique ministØriel est crØØ auprŁs du ministre par arrŒtØ du ministre intØressØ. Il peut Œtre crØØ un comitØ technique ministØriel commun à plusieurs dØpartements ministØriels par arrŒtØ conjoint des ministres intØressØs. Par dØrogation au premier alinØa, il peut Œtre crØØ, par arrŒtØ conjoint des ministres intØressØs, un comitØ technique ministØriel unique pour plusieurs dØpartements ministØriels .

Une certaine confusion peut toutefois naître sur le pØrimŁtre exact de tel ou tel dØpartement ministØriel, les dØcrets d attribution pouvant fixer des matiŁres sur lesquelles un ministre a compØtence, sans toutefois qu il dispose de l autoritØ hiØrarchique sur les services compØtents.

Saisi d une demande d avis du ministre du budget sur cette question, le Conseil d État, dans sa fonction consultative, a estimØ que doit Œtre regardØ comme un dØpartement ministØriel au sens et pour l application du dØcret du 28 mai 1982 (alors en vigueur), l ensemble des services et des corps placØs sous l autoritØ hiØrarchique d un mŒme ministre qui exerce à leur Øgard l ensemble des pouvoirs du chef de service . L avis de la section des finances (sØance du 18 juillet 2007, n° 380693) prØcise pour l administration la maniŁre de procØder : Pour dØterminer le domaine d intervention des diffØrents dØpartements ministØriels, il convient, donc, de se rØfØrer, d une part, aux dØcrets relatifs à la composition du gouvernement ainsi qu aux dØcrets d attribution des ministres subsØquents qui Ønumŀrent les services sur lesquels les ministres exercent leur autoritØ, le cas Øchéant conjointement avec un ou plusieurs autres ministres, d autre part, aux statuts particuliers des corps de fonctionnaires qui dØfinissent l autoritØ ministØrielle dont relŁvent les corps intØressØs. Le critŁre organique de l autoritØ dont relŁvent les services et les corps est le seul à prendre en considØration .

Le Conseil d État a donc Øcartø la prise en compte des dØcrets d attribution des ministres en tant qu ils dØterminent les matiŁres pour lesquelles les ministres sont compØtents , ces mŒmes dØcrets en tant qu ils Ønumŀrent la liste des services dont disposent les ministres ou auxquels ils peuvent faire appel , comme les dØcrets d organisation intervenus sur le fondement du dØcret du 15 juin 1987 qui se bornent à dØfinir l organisation des services d administration centrale et n ont ni pour objet, ni pour effet de dØterminer les compØtences 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 dØcret n° 2011-184 du 15 fØvrier 2011 a crØØ un recours administratif obligatoire avant tout recours contentieux, reprenant une disposition ancienne (CE, 5 dØcembre 1969, Élections de reprØsentants du personnel à la commission administrative paritaire des adjoints administratifs et autres de l administration centrale du ministŁre de la justice, n° 77028, Rec.). Pour reprendre les termes de la dØcision Houlbreque (CE, Sect., 18 novembre 2005, n° 270015, Rec.), l institution par ces dispositions d un recours administratif, prØalable obligatoire à la saisine du juge, a pour effet de laisser à l autoritØ compØtente pour en connaître le soin d arrŒter dØfinitivement la position de l administration ( ) il s ensuit que la dØcision prise à la suite du recours se substitue nØcessairement à la dØcision initiale . Un recours contentieux qui n aurait pas Øtø prØcØdØ d un recours devant l autoritØ compØtente est donc irrecevable.

3 Cf. l art. 47 du dØcret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l hygiŁne et à la sØcuritØ du travail ainsi qu à la prØvention mØdicale dans la fonction publique ; et l art. 34 du dØcret n° 2011-184 du 15 fØvrier 2011 relatif aux comitØs techniques dans les administrations et les Øtablissements 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 grŁve dans le prØambule de la Constitution de 1946 a conduit le Conseil d Etat a reconnaître ce droit aux fonctionnaires dans l arrŒt 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 grŁve 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 mŒme valeur constitutionnelle, de continuitØ du service public. Le Conseil d État, par ce mŒme arrŒt, a reconnu la compØtence de l autoritØ administrative responsable du bon fonctionnement d un service public pour fixer elle-mŒme la nature et l Øtendue 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

ConsidØrant qu en indiquant, dans le prØambule de la Constitution, que le droit de grŁve s exerce dans le cadre des lois qui le rØglementent , l assemblØe constituante a entendu inviter le lØgislateur à opØrer la conciliation nØcessaire entre la dØfense des intØrŒts professionnels, dont la grŁve constitue l une des modalitØs, et la sauvegarde de l intØrŒt gØnØral auquel elle peut Œtre de nature à porter atteinte ; ( )
ConsidØrant qu en l absence de cette rØglementation, la reconnaissance du droit de grŁve ne saurait avoir pour consØquence d exclure les limitations qui doivent Œtre apportØes à ce droit, comme à tout autre, en vue d en Øviter un usage abusif ou contraire aux nØcessitØs de l ordre public ; qu en l Øtat actuel de la lØgislation il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-mŒme, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l Øtendue desdites limitations ;
(CE Ass, 7 juillet 1950, Sieur X... Charles, n° 01645, Rec)

ConsidØrant qu une grŁve qui aurait pour effet d interrompre le fonctionnement des services extØrieurs 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 prØrogatives qui appartiennent en la matiŁre au gouvernement, le ministre des finances et des affaires Øconomiques a lØgalement pu prendre des mesures limitant par avance l exercice du droit de grŁve par les personnels des services extØrieurs des douanes en dØsignant, d une part, les personnels d autoritØ ou ayant des responsabilitØs importantes nØcessaires pour assurer la continuitØ du fonctionnement des services et, d autre part, les personnels d exØcution dØtenant des emplois indispensables à la sØcuritØ physique des personnes, à la sauvegarde des installations et du matØriel, au fonctionnement des liaisons administratives et au maintien des activitØs essentielles de la vie de la nation ;
(CE, 21 octobre 1970, Syndicat gØnØral des fonctionnaires des impôts Force OuvriŁre 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 dØcision d AssemblØe Dehaene a consacrØ le droit de grŁve des fonctionnaires en se fondant sur le prØambule de la Constitution de 1946, alors qu il ne leur Øtait pas reconnu auparavant. La loi du 13 juillet 1983 dispose dØsormais que le droit de grŁve des fonctionnaires s exerce dans le cadre des lois qui le rŁglementent (article 10). Ce droit ne saurait cependant s exercer sans limite. Toutefois, le lØgislateur n est pas intervenu pour fixer cette rØglementation. L autoritØ administrative se trouve toujours donc dans la situation dans laquelle fut rendue la dØcision Dehaene.

DŁs la dØcision d AssemblØe, le Conseil d État a ainsi reconnu la compØtence de l autoritØ administrative pour Ødicter elle-mŒme, en l Øtat actuel de la lØgislation, les limitations nØcessaires à l ordre public et au bon fonctionnement des services publics. Cette compØtence a un caractŁre supplØtif : elle ne s exerce qu en l Øtat actuel de la lØgislation, c est-à-dire en raison de son absence (CE, 21 octobre 1970, Syndicat gØnØral des fonctionnaires des impôts Force OuvriŁre et autre, n° 65845, Rec), au titre des pouvoirs d organisation propres au chef de service (CE, Sect., 7 fØvrier 1936, Jamart, Rec). Pour l administration centrale et les services dØconcentrØs d un ministŁre, cette compØtence relŁve du ministre, responsable du bon fonctionnement des services placØs sous son autoritØ . En revanche, un ministre n est pas compØtent pour prØciser les modalitØs d exercice du droit de grŁve dans les Øtablissements publics placØs sous sa tutelle (CE 1er dØcembre 2004, M. C , et autres, n° 260551, Rec), la compØtence relevant des organes dirigeant de l Øtablissement. Une collectivitØ territoriale peut Ødicter une telle rØglementation 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 grŁve politique n est pas autorisØe (CE, 18 fØvrier 1955, Bernot, Rec, CE, Ass., 7 juillet 1950, Sieur X... Charles, n° 01645, Rec), elle doit avoir pour motif la dØfense des intØrŒts professionnels. Si le principe est clair, la distinction peut Œtre difficile à opØrer entre ces deux notions.

L autoritØ compØtente peut ensuite apporter des restrictions au droit de tout agent de rejoindre un mouvement de grŁve si elles sont nØcessaires à la prØvention d un usage abusif de la grŁve, justifiØes par les nØcessitØs 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 continuitØ du service public (CE, 21 octobre 1970, Syndicat gØnØral des fonctionnaires des impôts Force OuvriŁre et autre, n° 65845, Rec). Ainsi, l autoritØ administrative peut interdire de grŁve certains agents à raison des postes qu ils occupent (idem), par exemple, en l espŁce, aux personnels d autoritØ ou ayant des responsabilitØs importantes nØcessaires pour assurer la continuitØ du fonctionnement des services intØressØs et aux personnels d exØcution dØtenant ces emplois, mais elle ne peut lØgalement Ødicter une interdiction absolue et permanente en fonction du grade (idem).

Le juge exerce son contrôle sur le caractŁre nØcessaire de ces limitations. Ainsi, dans une affaire rØcente, le Conseil d Etat a jugØ que, pour la rØglementation de grŁves dans des Øquipements sportifs, il Øtait possible d imposer aux grØvistes d exercer leur droit de grŁve dŁs le moment de leur prise de service, pour Øviter d avoir à Øvacuer l Øquipement qu on avait d abord cru pouvoir faire fonctionner. En revanche, il a jugØ injustifiØ une rŁgle imposant de se dØclarer grØviste, non pas 48 heures avant la date à laquelle un agent entend personnellement participer à un mouvement de grŁve, mais 48 heures avant le dØbut de la grŁve fixØ dans le prØavis, cette rŁglementation empŒchant donc de rejoindre un mouvement de grŁve dØjà engagØ (CE, 6 juillet 2016, Syndicat CGT des cadres et techniciens parisiens des services publics territoriaux et autres, n° 390031, T ; v. aussi CE, 29 dØcembre 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 rŁgle du trentiŁme 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 Etat, des collectivitØs locales et des services publics avait instituØ des modalitØs de retenues particuliŁres en cas d absence de service fait par suite d une grŁve (pour 1 heure de grŁve : 1/151,67Lme de retenues, pour 1/2 journØe de grŁve : 1/60Lme et pour une journØe : 1/30Lme). Les dispositions de ce texte ont Øtø abrogØes par la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 qui rØtablit la rŁgle du trentiŁme indivisible.

Conformøment à une dØcision du Conseil constitutionnel (DØcision n° 87-230 DC du 28 juillet 1987), la rŁgle du trentiŁme indivisible, qui ne vaut que pour les fonctionnaires de l État et des Øtablissements publics de l État à caractŁre administratif, constitue une mesure de portØe comptable qui n a pas le caractŁre d une pØnalitØ financiŁre. DŁs lors, pour le fonctionnaire de l Etat qui n a pas accompli son service pour fait de grŁve, la retenue opØrØe sur le traitement est calculØe par trentiŁmes de la rØmunØration mensuelle, fraction indivisible du traitement. En outre, le traitement ayant un caractŁre forfaitaire, le dØcompte des retenues à opØrer sur son traitement mensuel s ØlŁve, en principe, à autant de trentiŁmes qu il y a de journØes oø cette absence de service fait a Øtø constatØe, mŒme si, durant certaines de ces journØes, 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 libertØd opinion et d expression trŁs Œtendue, dans les conditions prØcisØes par la loi, par la Constitution. S ils sont libres à ce titre de manifester leur opinion, cette libertØest bornØe par leurs obligations de neutralitØet de rØserve, ainsi que par les nØcessitØs du bon fonctionnement du service.

Les mots du juge

Considørant que, s il appartient au secrØtaire d État, chargØ par les textes prØcitØs d arrŒter la liste des candidats admis à concourir, d apprØcier, dans l intØrŒt du service, si les candidats prØsentent les garanties requises pour l exercice des fonctions auxquelles donnent accŁs les Øtudes poursuivies à l École nationale d administration et s il peut, à cet Øgard, tenir compte de faits et manifestations contraires à la rØserve que doivent observer ces candidats, il ne saurait, sans mØconnaître le principe de l Øgalitø de l accŁs de tous les Français aux emplois et fonctions publics, Øcarter 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.)

Considørant que Mlle X , ( ), a sollicitØ des autorisations d absence pour la cØlØbration en 1987, du vendredi saint, de la fŒte Dieu et de la fŒte de la mØdaille miraculeuse ; qu en l absence de rŁgles dØfinissant le rØgime des autorisations d absence, le directeur ( ) a rejetØ la demande en se fondant par sa dØcision du 10 mars 1987, sur ce que Seules les fŒtes religieuses lØgales 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 fŒtes lØgales ne fait pas, par elle-mŒme, obstacle à ce que, sous rØserve des nØcessitØs du fonctionnement normal du service, des autorisations soient accordØes à des agents publics pour participer à d autres fŒtes religieuses correspondant à leur confession, le directeur ( ) a entachØ sa dØcision d erreur de droit
(CE, 12 fØvrier 1997, Mlle X , n° 125893, T.)

Commentaire

La liberté d'opinion est garantie aux fonctionnaires

La libertØ d opinion du fonctionnaire est protØgØe au plus haut niveau de la hiørarchie des normes. En effet, l article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, qui dispose que la libertØ d opinion est garantie aux fonctionnaires , ne fait que dØcliner au cas particulier des fonctionnaires les principes consacrØs par l article 10 de la dØclaration des droits de l homme et du citoyen (Nul ne doit Œtre inquiØtØ pour ses opinions, mŒme religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l ordre public Øtabli par la loi) et par le cinquiŁme alinØa du prØambule de la Constitution du 27 octobre 1946, (Nul ne peut Œtre lØsØ, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions et de ses croyances).

Cette libertØ 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

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

La libertØ d opinion protŁge Øgalement celui qui souhaite devenir fonctionnaire, ce en quoi elle rejoint le principe d Øgal accŁs aux emplois publics consacrØ par l article 6 de la dØclaration des droits de l homme et du citoyen. Par la dØcision Barrel, le Conseil d État a ainsi annulØ une dØcision par laquelle l administration avait refusØ d admettre à concourir des candidats soupçonnØs d Œtre communistes. Cette jurisprudence est d autant plus marquante qu à l Øpoque, l accŁs des communistes à la fonction publique Øtait interdit dans bien des pays occidentaux, notamment en Allemagne fØdØrale oø il a fallu attendre un arrŒt en grande chambre de la Cour europØenne des droits de l homme (CEDH, 26 septembre 1995, Vogt c/ Allemagne, n° 17851/91) pour que cela Øvolue. Plus rØcemment, le Conseil d État a annulØ la dØlibØration d un jury de concours à qui l administration avait transmis un dossier de candidature faisant Øtat des opinions politiques et de l appartenance syndicale du requØrant, ce qui avait amenØ un membre du jury à poser, lors de l entretien oral, une question directement liØe à ces mentions (CE, 28 septembre 1988, M. Y , n° 43958, Rec.).

Corollaire de la libertØ d expression du fonctionnaire, l article 18 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 interdit qu il soit fait Øtat dans le dossier d un fonctionnaire, de mŒme que dans tout document administratif, des opinions ou des activitØs politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l intØressØ . Tout agent public est d ailleurs fondØ 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 informatisØe. Si, en raison mŒme de l octroi d une autorisation spØciale d absence ou de dispenses d activitØ de service, il peut Œtre lØgalement fait mention, au dossier de l intØressØ, de l existence du mandat syndical ayant motivØ l intervention de telles mesures, le respect dß tant à la libertØ d opinion des fonctionnaires qu à la libertØ syndicale implique qu une mention de ce type ne puisse s accompagner d une quelconque apprØciation portØe par l autoritØ administrative sur la maniŁre dont l intØressØ exerce ses activitØs 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 libertØ de manifester son opinion est, comme la libertØ de conscience, une composante de la libertØ d opinion. Mais si la libertØ de conscience du fonctionnaire est absolue, sa libertØ d expression, tout en Øtant garantie, connaît certaines limites.

Lorsque le fonctionnaire est en service, sa libertØ d expression est fortement bornØe par son obligation de neutralitØ (cf. la fiche n° 29 Lobligation de neutralitØ et le principe de laïcitØ). On cite souvent les conclusions du commissaire du gouvernement Gazier sur la dØcision Delle Jamet (CE, 3 mai 1950, p. 247) :

Dans l exØcution du service, l État peut exiger du fonctionnaire qu il s abstienne de tout acte propre à faire douter, non seulement de sa neutralitØ, mais de sa loyautØ envers les institutions ..

Il n en reste pas moins que la libertØ d opinion du fonctionnaire subsiste y compris pendant le service, au point qu il peut mŒme bØnØficier, à ce titre, d autorisations d absence. En effet, en l absence mŒme de rŁgle statutaire reconnaissant aux agents le droit à bØnØficier d autorisations d absence dans telle ou telle circonstance, un chef de service peut accorder une autorisation d absence à un agent placØ sous son autoritØ. La dØcision Mlle X prØcise à cet Øgard que le chef de service ne saurait porter une apprØciation sur les raisons qui motivent une demande d autorisation d absence : des autorisations peuvent Œtre accordØes à des agents publics pour participer à des fŒtes religieuses correspondant à leur confession, sans que cette possibilitØ soit limitØe aux fŒtes religieuses lØgales. En revanche, la libertØ du fonctionnaire est bornØe par les nØcessitØs du fonctionnement normal du service : ce n est que si elle est compatible avec elles que l autorisation d absence peut Œtre accordØe par le chef de service (CE, 12 fØvrier 1997, Mlle X , n° 125893, T.).

Lorsque le fonctionnaire n est pas en service, la libertØ d expression est la rŁgle, dans les limites prØvues par la loi. Le fonctionnaire peut adhØrer à tout mouvement, association ou parti politique. Il a, sauf disposition spØciale, le droit d Œtre candidat à toutes les Ølections (CE, 3 janvier 1962, Ministre des armØes c/ Sieur HocdØ, Rec.). Le fonctionnaire peut Øgalement parler et Øcrire librement, et l administration ne saurait exiger, quels que soient les sujets abordØs, qu il soumette à son supØrieur hiØrarchique, prØalablement à leur publication, des articles ou ouvrages qu il aurait Øcrits (CE, 29 dØcembre 2000, Syndicat Sud Travail, n° 213590, T.). Sur ce dernier point, la jurisprudence administrative française est plus protectrice de la libertØ d expression du fonctionnaire que celle de la Cour de justice de l Union europØenne qui admet que des fonctionnaires soient tenus de demander une autorisation prØalable pour la publication d ouvrages se rattachant à l activitØ des institutions europØennes (CJCE, 6 mars 2001, Connoly c/ Commission, aff. C-274/99).

La libertØ d expression du fonctionnaire est toutefois limitØe, mŒme hors du service, par son obligation de rØserve (cf. fiche n° 27 Lobligation de secret professionnel et de discrØtion).

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 privØe 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 Œtre conciliØavec les nØcessitØs de gestion et les exigences de transparence posØes par le lØgislateur.

Les mots du juge

ConsidØrant que ( ) les arrŒtØs individuels, notamment ceux qui sont relatifs aux agents de la commune, sont au nombre des arrŒtØs municipaux dont la communication peut Œtre obtenue sur le fondement de l article L. 2121-26 du code gØnØral des collectivitØs territoriales ; que la circonstance que la demande du syndicat soulŁverait des difficultØs matØrielles pour la satisfaire en raison du nombre Ølevø des documents en cause ne suffit pas à justifier lØgalement, dans les circonstances de l espŁce, le refus de communication ; que, toutefois, les arrŒtØs fixant le montant des primes, lesquelles comportent une part modulable en fonction de la maniŁre de servir, contiennent une apprØciation sur le comportement des fonctionnaires concernØs ; que, par suite, ces arrŒtØs ne peuvent Œtre communiquØs qu aprŁs occultation de la mention du nom des intØressØs et le cas Øchéant des autres mentions permettant d identifier la personne concernØe
(CE, 10 mars 2010, Commune de SŁte, n° 303814, Rec.)

ConsidØrant ( ) que la liste des donnØes à caractŁre personnel et des informations ainsi collectØes, annexØe au dØcret attaquØ, sont relatives à l identification des agents, à leur situation familiale, à leur vie professionnelle auxquelles s ajoutent des ØlØments Øconomiques et financiers ; que la collecte de ces catØgories de donnØes est nØcessaire à la finalitØ lØgitime du traitement ; que la collecte et le traitement de donnØes telles que le nom, le prØnom, la date et le lieu de naissance ainsi que le NIR des membres de la famille des agents, nØcessaires pour permettre à ces derniers de bØnØficier des avantages liØs à leur situation de famille, sont proportionnØs au regard des finalitØs du traitement ; qu en revanche, l administration ne fait Øtat, dans ses Øcritures, d aucune nØcessitØ ou utilitØ quant au recueil des informations relatives au sexe et à la nationalitØ 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 espŁce, qu Œtre regardØe comme excessive au regard des dispositions prØcitØes du 3° de l article 6 de la loi du 6 janvier 1978
(CE, 28 mars 2014, Syndicat national des enseignements du second degrØ, n° 361042, T.)

Commentaire

Les agents publics, comme toutes les personnes physiques, ont droit au respect de leur vie privØe, droit garanti notamment par la Constitution et la convention europØenne de sauvegarde des droits de l homme et des libertØs fondamentales. D une façon gØnØrale, l administration ne doit s ingØrer dans la vie privØe de ses agents que dans la stricte mesure oø cela est nØcessaire au service. Ceci est particuliŁrement sensible en matiŁre 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 libertØs, souvent appelØe loi CNIL ou loi informatique et libertØs , permet à une autoritØ publique, aprŁs avoir procØdØ aux formalitØs prØalables que prØvoit la loi, de collecter, conserver et traiter des informations personnelles nominatives, à condition que deux conditions soient vØrifiØes :

- les finalitØs poursuivies doivent Œtre lØgitimes ;

- le choix, la collecte et le traitement des donnØes doivent Œtre effectuØs de maniŁre adaptØe, nØcessaire et proportionnØe au regard de ces finalitØs (CE, Ass., 26 octobre 2011, Association pour la promotion de l image et autres, n° 317827, Rec.).

La gestion administrative et financiŁre des personnels, la gestion des moyens et le pilotage par la production d indicateurs statistiques constituent des finalitØs lØgitimes, ainsi que le prØcise la dØcision Syndicat national des enseignements du second degrØ (CE, 28 mars 2014, n° 361042, T.). L administration peut donc, notamment pour ces diffØrentes raisons, Œtre autorisØe à collecter et traiter des donnØes à caractŁre personnel relatives à ses agents. Cette collecte concerne Øgalement les candidats à des concours donnant accŁs à la fonction publique[4].

L administration doit cependant Œtre attentive aux donnØes qu elle utilise : seules les donnØes utiles et nØcessaires pour les besoins du traitement peuvent Œtre lØgalement collectØes. Ainsi par exemple, l administration de l Øducation nationale peut, dans le cadre de traitements ayant pour finalitØ la gestion et le pilotage, collecter des donnØes à caractŁre personnel relatives à l identification de ses agents, pour Øviter tout risque de confusion. Elle peut aussi collecter certaines informations relatives à leur situation familiale : le nom, le prØnom, la date et le lieu de naissance ainsi que le NIR[5] des membres de la famille des agents, qui sont nØcessaires pour permettre à ces derniers de bØnØficier des avantages liØs à leur situation de famille (supplØment familial de traitement, etc.). En revanche, il n y aucune nØcessitØ ni aucune utilitØ, en termes de gestion administrative, à disposer d informations relatives au sexe et à la nationalitØ des conjoints ou partenaires des agents. La collecte de ces informations est donc illØgale (CE, 28 mars 2014, Syndicat national des enseignements du second degrØ, n° 361042, T.).

A propos des donnØes relatives à la mention de l appartenance syndicale, la loi n° 78-17 du 7 janvier 1978 interdit, par principe, de traiter ces donnØes à caractŁre personnel, sous rØserves d exceptions strictement encadrØes (l de l art. 8). Le Conseil d Etat a considØrØ que le traitement des donnØes relatives aux Ølections professionnelles et aux dØcharges d activitØ pour exercer des fonctions de reprØsentant syndical, exigØ par la finalitØ du traitement notamment pour l organisation des Ølections professionnelles ainsi que pour la gestion des autorisations spØciales d absence et des dispenses d activitØ, s il mentionne l appartenance syndicale des agents concernØs, ne mØconnaît pas ( ) les dispositions prØcitØes de l article 8 de la loi du 6 janvier 1978, dŁs lors que cette donnØe a ØtØ rendue publique par la personne concernØe (CE, 28 mars 2014, Syndicat national des enseignants du second degrØ, 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 autoritØs administratives sont tenues de communiquer les documents administratifs qu elles dØtiennent aux personnes qui en font la demande . Toutefois, les documents dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privØe, tout comme les documents portant une apprØciation ou un jugement de valeur sur une personne physique, nommØment dØsignØe ou facilement identifiable, ne sont communicables qu aux personnes intØressØes (art. L. 311-6 du CRPA) ou, si cela est possible, aprŁs occultation ou disjonction des mentions portant atteinte à la vie privØe (art. L. 311-7 du CRPA). À côtØ de ces dispositions transversales, le droit français connaît de nombreux rØgimes spØciaux de communication des documents administratifs comme, par exemple, celui prØvu par l article L. 2121-26 du CGCT, prØvoyant un accŁs pour toute personne physique, entre autres, aux arrŒtØs municipaux . Ces rØgimes spØciaux prØvoient gØnØralement une rØserve tenant à la protection de la vie privØe 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 rØserve des secrets rappelØs ci-dessus (vie privØe, apprØciation ou jugement de valeur). Il va de soi, à cet Øgard, que des ØlØments comme l adresse de l agent public ou sa situation de famille doivent Œtre occultØs avant communication. Plus difficile est de savoir ce qui, en matiŁre de rØmunØration, est communicable. Il est revenu à la jurisprudence de donner, en la matiŁre, un mode d emploi . En ce qui concerne la rØmunØration des fonctionnaires, le cadre a ØtØ donnØ par la dØcision Commune de SŁte (CE, 10 mars 2010, n° 303814, Rec.)[6] :

4 DØcret n° 2018-114 du 16 fØvrier 2018 relatif à la collecte de donnØes à caractŁre personnel relatives aux caractØristiques et au processus de sØlection des candidats à l accŁs à la fonction publique et crØant la Base concours , pris sur le fondement de l art. 16 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, crØØ par l art. 161 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017.

5 NumØro d inscription au RØpertoire national d identification des personnes physiques (RNIPP), communØment appelØ numØro de sØcuritØ sociale.

6 Cette dØcision a ØtØ rendue à propos de l article L. 2121-26 du CGCT qui prØvoit un accŁs pour toute personne physique, entre autres, aux arrŒtØs municipaux mais la solution est transposable au rØgime de communication des documents administratifs de droit commun.

- les ØlØments relevant du traitement indiciaire sont communicables, tandis que les primes variables, dont le niveau dØpend de la maniŁre de servir, ne le sont pas, dans la mesure oø elles traduisent une apprØciation sur le comportement de l agent ;

- au nom de la protection de la vie privØe, doivent Œtre occultØes, avant la communication à des tiers des documents sur lesquels elles figureraient, les mentions relatives à des ØlØments particuliers de rØmunØration tels qu un supplØment familial de traitement ou des indemnitØs pour heures supplØmentaires, rØvØlant respectivement la situation de famille de l intØressØ et ses horaires de travail.

Mais le principe est bien, sous ces rØserves, que le niveau de rØmunØration d un agent public n est normalement pas regardØ comme un ØlØment de sa vie privØe et se trouve donc Œtre communicable.

Le Conseil d État a dØclinØ ces principes aux cas des agents contractuels qui posent une difficultØ particuliŁre : mŒme en l absence de part variable, la rØmunØration fixØe par le contrat peut traduire implicitement l apprØciation de l autoritØ de nomination sur la valeur du parcours de l intØressØ et sur ce qu il est susceptible d apporter à l administration. Le Conseil d État distingue donc deux cas de figure :

- soit la rØmunØration qui figure dans le contrat de travail rØsulte de l application de rŁgles gØnØrales rØgissant l emploi en cause, auquel cas il n y a pas d obstacle lØgal à sa communication à des tiers, sauf pour une Øventuelle part variable ;

- soit la rØmunØration n est pas dØterminØe par de telles rŁgles et est donc arrŒtØe d un commun accord entre les parties, auquel cas elle doit Œtre occultØe (CE, 24 avril 2013, Syndicat CFDT Culture, n° 343024, T.).

Le Conseil d État applique le mŒme raisonnement aux bulletins de salaire des agents contractuels, avec une petite particularitØ : si la rØmunØration de l agent n est pas communicable parce qu elle rØvŁle une apprØciation portØe sur lui, le bulletin de salaire n est pas communicable du tout, puisque l occultation sur ce bulletin des mentions relatives à la rØmunØration priverait sa communication de tout intØrŒt (CE, 26 mai 2014, CommunautØ d agglomØration 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 rŁgle du service fait, pilier du mØcanisme de rØmunØration 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 Œtre payØqu une fois son service effectuØ Elle peut toutefois se rØvØler d application dØlicate, ainsi que le rØvŁle l abondante jurisprudence dans ce domaine.

Les mots du juge

Considørant ( ) qu en fixant une limite à la durØe hebdomadaire des vacations à raison desquelles les mØdecins des Øtablissements pønitentiaires peuvent prØtendre à une rømunØration, alors que lesdits mØdecins doivent, en vertu de l article D. 376 du code de procØdure pønale, se rendre à la prison toutes les fois qu ils y sont appelØs par le chef de l Øtablissement et peuvent ainsi se trouver amenØs à accomplir dans une semaine plus de trente-trois heures de service à l Øtablissement pønitentiaire, l alinØa dernier de l article 1er [de la dØcision attaquØe] mØconnaît le principe suivant lequel les agents publics ont droit à obtenir la rømunØration de tout service qu ils accomplissent
(CE, Sect., 24 avril 1964, Syndicat national des mødecins des Øtablissements pønitentiaires, n° 57706, Rec.).

Considørant qu il røsulte de ce qui prØcŁde [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. 1er du dØcret du 6 juillet 1962 portant rŁglement sur la comptabilitØ 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 grŁve, pendant une fraction quelconque de la journØe, donne lieu à une retenue dont le montant est Øgal à la fraction du traitement frappØ d indivisibilitØ en vertu des dispositions prØcitØes, c est-à-dire au trentiŁme de la rØmunØration mensuelle ; qu en outre, eu Øgard au caractŁre mensuel et forfaitaire du traitement tel que dØfini à l article 1er du dØcret du 6 juillet 1962, en cas d absence de service fait pendant plusieurs jours consØcutifs, le dØcompte des retenues à opØrer sur le traitement mensuel d un agent public s ØlŁve en principe à autant de trentiŁmes qu il y a de journØes comprises du premier jour inclus au dernier jour inclus oø cette absence de service fait a Øtø constatØe, mŒme si durant certaines de ces journØes, cet agent n avait aucun service à accomplir
(CE, 27 juin 2008, Ministre de l Øconomie, des finances et de l emploi c/ Mme A, n° 305350, Rec.).

Commentaire

La jurisprudence du Conseil d État a depuis longtemps consacrØ un droit à rØmunØration des agents publics (CE, Sect., 24 avril 1964, Syndicat national des mØdecins des Øtablissements pønitentiaires, n° 57706, Rec.) en prØcisant que celle-ci ne saurait Œtre infØrieure au salaire minimum (CE, Sect., 23 avril 1982, Ville de Toulouse c/ Mme X , n° 36851, Rec.).

DØsormais, ce principe est fixØ à l article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 qui dispose que : Les fonctionnaires ont droit, aprŁs service fait, à une rØmunØration comprenant le traitement, l indemnitØ de røsidence, le supplØment familial de traitement ainsi que les indemnitØs instituØes par un texte lØgislatif ou rØglementaire. Les indemnitØs peuvent tenir compte des fonctions et des

rØsultats professionnels des agents ainsi que des rØsultats collectifs des services. S y ajoutent les prestations familiales obligatoires .

Ces dispositions constituent le socle lØgislatif de l ensemble des rØmunØrations dans la fonction publique, tant pour les agents titulaires que pour les agents non titulaires[7], et fixent une rŁgle fondamentale : celle du service fait. Son principe est simple : un fonctionnaire ne peut Œtre payØ qu une fois son service effectuØ. Plus exactement, un fonctionnaire ne doit Œtre payØ qu aprŁs service fait (CE, 15 janvier 1997, Institut national de recherches en informatique, n° 135693, T.). Il s agit d une rŁgle qui n est pas spØcifique à la fonction publique et qui trouve son origine en comptabilitØ publique. Un comptable public est en effet tenu de contrôler la justification du service fait pour apprØcier la validitØ de la crØance qu un agent public dØtient sur son employeur[8].

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 compØtence liØe pour procØder à la suspension des traitements et indemnitØs en l absence de service fait, dŁs lors qu une dØcision a affectØ l agent public concernØ sur un emploi correspondant à des fonctions effectives et qu elle n a pas le caractŁre d une dØcision manifestement illØgale et de nature à compromettre gravement un intØrŒt 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 respectØ son obligation de placer un agent dans une situation rØguliŁre et de l affecter sur un emploi correspondant à des fonctions effectives, dans un dØlai raisonnable (CE, 19 dØcembre 2012, M. A... B..., n° 346245, T.). Une dØcision procØdant à retenue sur salaire pour absence de service fait n a pas à Œtre motivØe, sauf si elle rØvŁle par elle-mŒme un refus opposØ à une demande d un agent qui souhaitait obtenir la reconnaissance d un droit à rØmunØration malgrØ l absence de service fait (CE, 2 novembre 2015, M. A...B..., n° 372377, T.). Si le traitement est indßment versØ, 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 ØchØant, rØparation des prØjudices qu il aurait pu subir du fait de cette carence. A noter que lorsque l administration est tenue de tirer les consØquences qui s attachent à l annulation d une dØcision suspendant à tort le traitement d un fonctionnaire, elle doit tenir compte, le cas ØchØant, des revenus professionnels que l intØressØ a pu se procurer en exerçant, en mØconnaissance des dispositions de l articles 25 septies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, une activitØ lucrative privØe pendant la pØriode au cours de laquelle il Øtait en position d activitØ. Dans cette hypothŁse, l administration doit lui verser les sommes qu il aurait dß percevoir au titre de son traitement, tout en y soustrayant les sommes indument perçues (CE, 6 mars 2015, Centre hospitalier Henri GuØrin, n° 369857, T.).

Le principe du service fait rencontre un certain nombre de tempØraments prØvus 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 congØs rØmunØrØs, tels que les congØs annuels, congØs pour motif mØdical (avec une dØgressivitØ)[9] ou congØ pour invaliditØ temporaire imputable au service[10] ;
- d une dØcharge d activitØ pour l exercice d un mandat syndical (v. CE, Section, 27 juillet 2012, A...Bourdois, n° 344801, Rec.). ;
- d une autorisation spØciale d absence[11] ;
- d un congØ spØcial[12] ;
- d une rØintØgration en surnombre. Le fonctionnaire bØnØficiant d une telle garantie a droit à son traitement à compter de la date à laquelle l administration est tenue de le rØintØgrer (CE, Sect., 28 fØvrier 1964, Sieur Nadau, Rec. ; CE, 13 fØvrier 1974, Ministre de l Øducation nationale c/ Dame Hovelacque, n° 88546, T. ; CE, 25 juillet 1975, Sieur Mazeau, n° 95717, T. ; JRCE, 12 dØcembre 2001, Mme Pantz, n° 239168, T.) ;
- d un droit de retrait. Aucune retenue sur traitement ne peut Œtre opØrØe, à moins que les agents s Øtant retirØs aient estimØ à tort qu une situation de travail prØsentait un danger grave et imminent pour leur vie ou leur santØ[13]. Dans cette hypothŁse, l administration n en doit pas moins motiver la dØcision opØrant une retenue sur traitement (CE, 18 juin 2014, Ministre de l Øducation 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 rØmunØration des agents contractuels est en effet gØnØralement fixØe sur la base de ces dispositions lØgislatives, telles que prØcisØes par de nombreuses dispositions rØglementaires. Si tel n est pas le cas, l administration dispose d une large marge d apprØciation pour la fixer : le juge de l excŁs de pouvoir se limite en effet à un contrôle de l erreur manifeste sur ce point. L administration doit toutefois tenir compte, entre autres critŁres, des fonctions confiØes à l agent et de la qualification requise pour les exercer (CE, 30 dØcembre 2013, Mme Coste, n° 348057, T.) (cf. la fiche n° 87 La rØmunØration des agents contractuels).

8 Art. 20 du dØcret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgØtaire 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 hospitaliŁre : 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 hospitaliŁre : 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 hospitaliŁre : art. 89 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986.

13 Pour les fonctions publiques d État et hospitaliŁre : art. 5-6 du dØcret n° 82-453 du 28 mai 1982 ; pour la fonction publique territoriale : art 5-1 du dØcret 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 justifiØes ou lorsque l agent prØsent est sur son lieu de travail mais n exØcute aucune de ses obligations), certaines hypothŁses sont plus dØlicates à apprØcier, principalement lorsque le service a ØtØ mal ou partiellement fait. La sensibilitØ de cette question a pu se mesurer à l aune de la multiplication et du croisement des interventions du Conseil d État[14], du lØgislateur[15], puis du Conseil constitutionnel[16].

DØsormais, pour la fonction publique d État, il n y a pas service fait lorsque l agent n exØcute pas tout ou partie des obligations de service qui s attachent à sa fonction, quand bien mŒme 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 jugØ qu Øtait ainsi constituØe une inexØcution partielle des obligations de l agent assimilable à une absence de service fait (CE, 26 juillet 2006, France TØlØcom, n° 273118, InØdit).

En revanche, lorsque les obligations de service ont ØtØ intØgralement accomplies et en l absence de dispositions statutaires prØvoyant des sujØtions particuliŁres, le refus d exØcuter des obligations supplØmentaires, s il expose à des sanctions disciplinaires, ne peut entraîner de retenue sur traitement (CE, 23 mai 2007, France TØlØcom, n° 287394, Rec.). Enfin, l administration ne peut invoquer l absence de service fait d un agent qu elle a placardisØ (CE, 26 janvier 2007, M. M. Arthur A, n° 282703, T.).

L application de cette rŁgle aux fonctions publiques territoriale et hospitaliŁre ayant ØtØ censurØe par le Conseil constitutionnel (CC, 28 juillet 1987, Loi portant diverses mesures d ordre social, n° 87-230 DC), ces derniŁres sont rØgies 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 jurisprudence du Conseil d'État a également précisé les modalités de calcul des retenues sur traitement

Le Conseil d État a fixØ une rŁgle claire de calcul sans Øquivoque dans une dØcision de 1978 : en cas d absence de service fait pendant plusieurs jours consØcutifs, le dØcompte des retenues à opØrer sur le traitement mensuel d un agent public s ØlŁve à autant de trentiŁmes qu il y a de journØes comprises du premier jour inclus au dernier jour inclus oø cette absence de service fait a ØtØ constatØe, mŒme si, durant certaines de ces journØes, cet agent n avait aucun service à accomplir, pour quelque motif que ce soit (CE, 7 juillet 1978, Sieur X , n° 03918, Rec.).

Cette rŁgle dite du 30Łme indivisible trouve en particulier à s appliquer en matiŁre de grŁve, en ce qui concerne la fonction publique d État. Pour les fonctionnaires d État, la grŁve pendant une fraction quelconque de la journØe donne lieu à une retenue Øgale au trentiŁme du traitement mensuel[17]. Dans les deux autres fonctions publiques, la retenue est proportionnelle à la durØe de la cessation du travail (comme pour les salariØs, à l exception de ceux des entreprises, organismes ou Øtablissements publics ou privØs chargØs de la gestion d un service public pour lesquels la retenue est un 1/160e du traitement mensuel pour les grŁves infØrieures à une heure, 1/50e pour les grŁves de plus d une heure et ne dØpassant pas une demi-journØe et 1/30e pour les grŁves de plus d une demi-journØe et qui n excŁdent pas une journØe).

La jurisprudence Sieur X est identique à ce que juge la Cour de cassation dans le cas de salariØs de droit privØ dont la rØmunØration est mensualisØe : selon la jurisprudence constante de la chambre sociale, l exercice de la grŁve entraîne la suspension du contrat de travail et donc la perte de la rØmunØration pendant toute la durØe de la grŁve, y compris pour les jours oø le salariØ n avait aucun service à assurer (Cass., Soc, 24 juin 1998, n° 96-44234, Bull. : la retenue est Øgalement appliquØe à un jour fØriØ inclus dans une pØriode de grŁve).

Le raisonnement de la Cour de cassation est cependant fondØ sur l idØe que l exercice du droit de grŁve suspend l exØcution du temps de travail pendant toute la durØe de l arrŒt de travail, de sorte que l employeur est dØliØ pendant la mŒme pØriode de l obligation de payer le salaire. La suspension du contrat de travail implique ainsi que le salariØ ne peut se prØvaloir au titre de cette pØriode des avantages qui lui sont attribuØs, par exemple pour les jours chômØs et payØs, par les accords collectifs et la loi, dŁs lors que ces avantages sont subordonnØs à l exØcution du contrat de travail. Or, ces principes sont inapplicables aux fonctionnaires car ces derniers ne sont pas placØs dans une situation contractuelle. Le statut du fonctionnaire est intØgralement dØfini par des dispositions lØgislatives et rØglementaires : sa participation à une grŁve n a pas pour effet de suspendre la relation de travail. Le Conseil d État juge ainsi que la participation à une grŁve ne peut Œtre regardØe 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 Øducation nationale c/ M. Quinteau, n° 01827, Rec., à propos d enseignants ayant, en application de consignes syndicales, refusØ d accueillir plus de vingt-cinq ØlŁves dans leur classe mais ayant assurØ un enseignement pendant la totalitØ des heures qui leur Øtaient 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 collectivitØs 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 MinistŁre de la fonction publique, circulaire du 30 juillet 2003 relative à la mise en uvre des retenues sur la rØmunØration des agents publics de l État en cas de grŁve, JORF du 5 aoßt 2003, p. 13299.

Par consØquent, le Conseil d État a choisi de tempØrer la portØe de sa jurisprudence Sieur X afin de dØterminer comment doit Œtre organisØe la retenue sur traitement en application des dispositions lØgislatives et rØglementaires applicables au fonctionnaire et non en raison de la suspension de l application de ces dispositions. Dans sa dØcision Ministre de l Øconomie, des finances et de l emploi c/ Mme A (CE, 27 juin 2008, n° 305350, Rec.), le Conseil d État a ainsi jugØ que si le dØcompte des retenues à opØrer sur le traitement mensuel d un agent public s Ølevait en principe à autant de trentiŁmes qu il y a de journØes comprises du premier jour inclus au dernier jour inclus oø l absence de service fait a ØtØ constatØe, l application des rŁgles de dØcompte des retenues sur le traitement mensuel d un agent en grŁve ne saurait porter atteinte à son droit au congØ annuel lorsque cet agent a ØtØ, prØalablement au dØpôt d un prØavis de grŁve, autorisØ par son chef de service à prendre ses congØs au cours d une pØriode dØterminØe.

La question de la retenue sur traitement à effectuer lorsqu est en cause une grŁve est, de maniŁre gØnØrale, celle qui nourrit le plus abondamment la jurisprudence du Conseil d État, notamment lorsque sont en cause des corps de fonctionnaires dont les sujØtions de service sont spØcifiques. Ce qui peut donner lieu à des dØcisions jurisprudentielles d une complexitØ et d un raffinement peu communs.

La section du contentieux du Conseil d État a ainsi statuØ sur le traitement de sapeurs-pompiers professionnels, dont le temps de travail est organisØ sous forme de gardes. Elle a alors jugØ que, à dØfaut de dispositions lØgislatives applicables à ces agents qui prØcisent les modalitØs de calcul de la retenue sur traitement, le montant de celle-ci devait Œtre proportionnØ à la durØe de la grŁve, en comparant cette durØe aux obligations de service auxquelles les intØressØs Øtaient soumis pendant la pØriode au cours de laquelle l absence de service fait a ØtØ constatØe et au titre de laquelle la retenue est opØrØe. Ainsi, dans le cas d un agent qui assure son service sous la forme de gardes d une durØe de vingt-quatre heures suivies d une pØriode de repos, et dont le nombre total est fixØ pour l annØe alors que son traitement est liquidØ mensuellement, il y a lieu, lorsque l agent n a pas accompli une ou plusieurs gardes de vingt-quatre heures auxquelles il Øtait astreint, non pas de procØder à une retenue calculØe par trentiŁme 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 intØressØ est astreint chaque mois, Øtabli sur la base de son obligation de service annuelle, et d appliquer le rapport en rØsultant 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 1983[18] 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 pénales[19]. 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 pØnales, sauf s il s agit d une faute personnelle dØtachable du service .

Cette notion a fait l objet d une jurisprudence abondante du Conseil d État depuis quelques annØes. Deux dØcisions sont venues prØciser les faits susceptibles d ouvrir le bØnØfice de la protection fonctionnelle. La dØcision Nicolas (CE, 17 mars 2008, n° 280813, InØdit) a ainsi jugØ que les attaques subies par l agent public devaient avoir le caractŁre d une mise en cause personnelle. Par la dØcision Commune de H nheim (CE, 12 mars 2010, n° 308974, T.), le Conseil d État a ensuite prØcisØ que des agissements rØpØtØs de harcŁlement moral peuvent permettre à un agent public qui en est l objet d obtenir la protection fonctionnelle. En cas de refus opposØ par l administration, l intØressØ qui conteste cette dØcision doit soumettre au juge des ØlØments de faits susceptibles d en faire prØsumer l existence, à charge pour l administration de produire, en sens contraire, une argumentation de nature à dØmontrer que les agissements en cause sont justifiØs par des considØrations ØtrangŁres à tout harcŁlement (CE, 23 dØcembre 2014, M. B A , n° 358340, T.).

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

Le Conseil d État avait consacrØ un principe gØnØral du droit pour tout agent public à bØnØficier de la protection fonctionnelle en cas de mise en cause par un tiers à raison de ses fonctions, notamment en cas de poursuites pØnales (CE, Sect., 26 avril 1963, Centre hospitalier rØgional de Besançon, Rec.).

Dans la dØcision X (CE, Sect., 8 juin 2011, n° 312700, Rec.), il Ølargit le champ de la protection fonctionnelle à tous les agents publics, quel que soit le mode d accŁs à leurs fonctions , ainsi par exemple le prØsident Ølu d une chambre consulaire dont le personnel n est pas couvert par le statut gØnØral de la fonction publique (cf. la fiche n° 1 La situation statutaire du fonctionnaire). Outre les agents publics titulaires, stagiaires et contractuels , bØnØficient de la protection fonctionnelle :

- les collaborateurs bØnØvoles du service public (CE, 27 octobre 1961, Caisse primaire de sØcuritØ 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. ; dØsormais, ces agents bØnØficient de la protection fonctionnelle en vertu d une disposition spØciale introduite par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 à l article L. 6152-4 du code de la santØ 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 agents non-titulaires de l État recrutØs à l Øtranger, alors mŒme que leur contrat est soumis au droit local (CE, 1er fØvrier 2019, n° 421694, Rec.).

En revanche, le Conseil d État n a pas eu à Øtendre le bØnØfice de la protection fonctionnelle aux militaires auxquels s appliquent des dispositions spØcifiques (art. L. 4123-10 du code de la dØfense, prØcisØ par le dØcret n° 2014-920 du 19 aoßt 2014).

Plusieurs dØcisions sont ensuite venues prØciser les contours de ce champ d application. Ainsi, la circonstance que la personne qui demande le bØnØfice de la protection fonctionnelle a perdu la qualitØ d agent public à la date de la dØcision statuant sur cette demande est sans incidence sur l obligation de protection qui incombe à la collectivitØ publique qui l employait à la date des faits en cause (CE, 26 juillet 2011, Mme A , n° 336114, T.). Il en va de mŒme lorsqu un agent est placØ en congØ de longue durØe, dŁs lors que les agissements dont il a ØtØ victime sont en lien avec l exercice passØ de ses fonctions (CE, 16 mai 2012, M. Poncet, n° 340278, InØdit).

Depuis l entrØe en vigueur de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, elle peut en outre Œtre accordØe, à leur demande, au conjoint, au concubin ou au partenaire liØ par un pacte civil de solidaritØ qui engage une instance civile ou pØnale contre les auteurs d atteintes volontaires à la vie du fonctionnaire du fait des fonctions exercØes par celui-ci. En l absence d action engagØe par le conjoint, le concubin ou le partenaire liØ par un pacte civil de solidaritØ, la protection peut Œtre accordØe aux enfants ou, à dØfaut, aux ascendants directs du fonctionnaire qui engagent une telle action.

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 pØnales et, d autre part, les atteintes volontaires à l intØgritØ de la personne, les violences, les agissements constitutifs de harcŁlement, 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 dØcision Commune de Cannes (CE, 21 octobre 2013, n° 364098, T.), le Conseil d État a ainsi jugØ que le diffØrend qui oppose l administration à un agent qu elle emploie et qui est relatif à l imputabilitØ au service des tentatives de suicide de ce dernier ne constitue pas une menace ou une attaque au sens des dispositions de l article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. DŁs 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 pØnales et civiles d une part et menaces et attaques d autre part dans sa dØcision X (CE, Sect., 8 juin 2011, n° 312700, Rec.) en diffØrenciant les motifs pour lesquels l administration peut refuser le bØnØfice 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 intØrŒt gØnØral. Si elle peut Øventuellement retenir comme motif d intØrŒt gØnØral le caractŁre manifestement dØpourvu de toute chance de succŁs d une action en justice pour retenir d autres modalitØs de protection, la protection par voie juridictionnelle ne saurait Œtre refusØe 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 prØvaut l agent pour obtenir le bØnØfice de la protection fonctionnelle doivent Œtre en lien avec l exercice de ses fonctions. C est à cette condition que, par exemple, un agent public peut demander à bØnØficier de la protection fonctionnelle pour des faits survenus à une date à laquelle il participait à un mouvement de grŁve (CE, 22 mai 2017, Commune de SŁte, n° 396453, Rec.).

Lorsque l agent fait l objet de poursuites pØnales ou civiles, l administration ne peut opposer un refus que si elle estime, en fonction des ØlØments dont elle dispose, que l agent a commis une faute personnelle dØtachable de l exercice de ces fonctions. PrØsentent un tel caractŁre :

- la faute d un agent de l État qui, eu Øgard à sa nature, aux conditions dans lesquelles elle a Øtø commise, aux objectifs poursuivis par son auteur et aux fonctions exercØes par celui- ci est d une particuliŁre gravitØ (CE, 11 mai 2015, Ministre de la justice c/ M. A , n° 372359, Rec.) ;

- des faits qui rØvŁlent des prØoccupations d ordre privØ, qui procŁdent d un comportement incompatible avec les obligations qui s imposent dans l exercice de fonctions publiques ou qui, eu Øgard à leur nature et aux conditions dans lesquelles ils ont Øtø commis, revŒtent une particuliŁre gravitØ. Tel est le cas d un maire qui a fait acquØrir par la commune deux voitures de sports, les a employØes à des fins privØes 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 prØsence d un campement de personnes d origine rom sur le territoire communal, a employØ des termes qui, eu Øgard à leur nature et à leur gravitØ, procŁdent 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 prØvoit en outre que les tiers ne peuvent engager la responsabilitØ 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 bØnØfice de la protection fonctionnelle (cf. la fiche n° 34 Les actions rØcursoires de l agent et de son administration). Les tiers doivent, en cette hypothŁse, rechercher la responsabilitØ de la personne publique employant l agent public en cause. Il en va diffØremment en cas de faute personnelle dØtachable de l exercice de ses fonctions, dont le caractŁre fait alors obstacle au bØnØfice de la protection fonctionnelle. Toutefois, lorsque le fonctionnaire a Øtø poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d attribution n a pas Øtø ØlevØ, la collectivitØ publique doit, dans la mesure oø une faute personnelle dØtachable de l exercice de ses fonctions n est pas imputable au fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcØes contre lui.

Une fois accordØe, l autoritØ administrative peut dØcider de mettre fin au bØnØfice de la protection fonctionnelle si elle constate, à la lumiŁre d ØlØments nouvellement portØs à sa connaissance, que les conditions n Øtaient pas rØunies ou ne le sont plus, notamment si ces ØlØments permettent de rØvØler l existence d une faute personnelle ou que les faits allØguØs à l appui de la demande de protection ne sont pas Øtablis (CE, Sect., 14 mars 2008, M. A , n° 283943, Rec.). Si, par exemple, une dØcision juridictionnelle non dØfinitive ne retenant pas la qualification de harcŁlement ne suffit pas, par elle-mŒme, à justifier qu il soit mis fin à la protection fonctionnelle, l autoritØ administrative peut, nØanmoins, rØexaminer sa position et mettre fin à la protection si elle estime que les ØlØments rØvØlØs par l instance permettent de regarder les agissements de harcŁlement allØguØs comme n Øtant pas Øtablis (CE, 1er 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 Øvolutions lØgislatives rØcentes ont consacrØdans la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 un droit à la protection des agents publics contre le harcŁlement sexuel et le harcŁlement moral. En outre, la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l Øgalitet à la citoyennetØa intØgrØdans le statut gØnØral des fonctionnaires la protection contre les agissements sexistes (art. 6 bis), et la loi n° 2019-828 du 6 aoßt 2019 a renforcØdans le statut gØnØral les obligations des employeurs en termes de prØvention et de traitement des violences, des discriminations, du harcŁlement 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 uvre d un plan d action). Cette derniŁre loi a ajoutØau nombre des discriminations prohibØes par le statut de la fonction publique celles fondØes sur la grossesse à celles fondØes sur la situation de famille (art. 6) ou le sexe (art. 6 bis). Les contours de cette protection ont ØtØen partie prØcisØs par la jurisprudence, en particulier en ce qui concerne les modalitØs de la charge de la preuve et les prØjudices susceptibles d Œtre rØparØs lorsque le juge estime que les faits de harcŁlement sont Øtablis.

Les mots du juge

Considørant, en quatriŁme lieu, qu en jugeant que la circonstance que Mme X se trouvait en congØ de maladie lors de la prØsentation de sa demande tendant à l obtention de la protection fonctionnelle prØvue par ces dispositions n excluait pas qu il fßt fait droit à cette demande, dŁs lors que des dØmarches adaptØes à la nature et à l importance des agissements contre lesquels cette protection Øtait sollicitØe pouvaient encore Œtre mises en uvre par la Commune de H nheim, la cour n a entachØ son arrŒt d aucune erreur de droit
(CE, 12 mars 2010, Commune de H nheim, n° 308974, T.)

Considørant, d une part, qu il appartient à un agent public qui soutient avoir ØtØ victime d agissements constitutifs de harcŁlement moral, de soumettre au juge des ØlØments de fait susceptibles de faire prØsumer l existence d un tel harcŁlement ; qu il incombe à l administration de produire, en sens contraire, une argumentation de nature à dØmontrer que les agissements en cause sont justifiØs par des considørations Øtrangłres à tout harcŁlement ; que la conviction du juge, à qui il revient d apprØcier si les agissements de harcŁlement sont ou non Øtablis, se dØtermine au vu de ces Øchanges contradictoires, qu il peut complØter, en cas de doute, en ordonnant toute mesure d instruction utile ; ( ) d autre part, que, pour apprØcier si des agissements dont il est allØguØ qu ils sont constitutifs d un harcŁlement moral revŒtent un tel caractŁre, le juge administratif doit tenir compte des comportements respectifs de l agent auquel il est reprochØ d avoir exercØ de tels agissements et de l agent qui estime avoir ØtØ victime d un harcŁlement moral ; qu en revanche, la nature mŒme des agissements en cause exclut, lorsque l existence d un harcŁlement moral est Øtablie, qu il puisse Œtre tenu compte du comportement de l agent qui en a ØtØ victime pour attØnuer les consØquences dommageables qui en ont rØsultØ pour lui ; que le prØjudice rØsultant de ces agissements pour l agent victime doit alors Œtre intØgralement rØparØ
(CE, Sect., 11 juillet 2011, Mme B...A...,, n° 321225, Rec.)

Considørant que la cour administrative d appel de Douai a relevØ qu il ressortait des piŁces du dossier et notamment des difførents tØmoignages d agents ayant côtoyØ M. X dans ses fonctions de chef d Øquipe que ce dernier s Øtait comportØ de maniŁre trŁs familiŁre avec plusieurs agents fØmi-

nins placØs sous son autoritØ ; qu en particulier, l un de ces agents, affectØ au guichet, avait fait l objet d attentions particuliŁres et subi des propos et des gestes dØplacØs et rØitØrØs malgrØ ses refus, sur une pØriode de plus de dix ans, qui n avait ØtØ interrompue que par un congØ parental pris par cet agent ; ( ) qu il rØsulte des dispositions prØcitØes 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 rØalitØ Øtablie, n Øtaient pas constitutifs de harcŁlement sexuel
(CE, 15 janvier 2014, La Poste, n° 362495, Rec.)

Commentaire

La protection contre toute forme de harcŁlement 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 rØalitØs : elle vaut contre les atteintes volontaires à l intØgritØ de la personne, les violences, les menaces, les injures, les diffamations ou les outrages dont les fonctionnaires peuvent Œtre victimes du fait de leurs fonctions[20].

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 pØnales à l occasion de faits qui n ont pas le caractŁre d une faute personnelle (cf. la fiche n° 23 Le droit à la protection fonctionnelle).L agent à qui sont imputØs des faits constitutifs de harcŁlement peut Œtre suspendu par une mesure qui, n ayant d autre objet que celui de rØtablir le fonctionnement normal du service public, ne prØsente ni le caractŁre d une sanction disciplinaire (mŒme si une procØdure disciplinaire est engagØe concomitamment), ni le caractŁre d une dØcision prise en considØration de la personne qui, de ce fait, obligerait l administration à respecter le principe du contradictoire. Une telle mesure est lØgale pour autant qu elle est motivØe par des faits prØsentant un caractŁre vraisemblable, l administration Øtant tenue de l abroger si des ØlØments nouveaux parvenant à sa connaissance, le cas Øchéant 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 ØgalitØ professionnelle entre les femmes et les hommes a apportØ diffØrentes modifications à la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. Depuis cette date, l article 6 ter du statut gØnØral vise en particulier à protØger les fonctionnaires et les agents publics contractuels contre le harcŁlement sexuel. Aucune mesure les concernant, de quelque nature qu elle soit (rØmunØration, notation, promotion, affectation, mutation, sanction disciplinaire, etc.) ne peut Œtre prise à leur Øgard en prenant en considØration le fait qu ils auraient subi des agissements de harcŁlement sexuel, auraient tØmoignØ de tels ou en auraient fait Øtat à leur hiØrarchie. La loi n° 2012-954 du 6 aoßt 2012 relative au harcŁlement sexuel a quant à elle prØcisØ la dØfinition du harcŁlement sexuel à la suite de la censure de l article 222-33 du code pØnal par le Conseil constitutionnel (CC, 4 mai 2012, M. GØrard D., n° 2012-240 QPC) pour insuffisance de dØfinition de ses ØlØments constitutifs. La loi mentionne dØsormais les faits de harcŁlement sexuel, constituØ par des propos ou comportements à connotation sexuelle rØpØtØs qui soit portent atteinte à sa dignitØ en raison de leur caractŁre dØgradant ou humiliant, soit crØent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante et les faits assimilØs au harcŁlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, mŒme non rØpØtØe, exercØe dans le but rØel ou apparent d obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherchØ 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 mŒme dØfinition a ØtØ retenue par le Conseil d État s agissant de faits antØrieurs 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, modifiØ par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l ØgalitØ et à la citoyennetØ, prØvoit que Aucun fonctionnaire ne doit subir d agissement sexiste, dØfini comme tout agissement liØ au sexe d une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignitØ ou de crØer un environnement intimidant, hostile, dØgradant, 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 mŒme nature que pour le harcŁlement sexuel contre les faits de harcŁlement moral (nouvel art. 6 quinquies de ladite loi). Ce dernier y est dØfini comme des agissements rØpØtØs ayant pour objet ou pour effet une dØgradation des conditions de travail de l agent susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignitØ, d altØrer

20 Cf. le Guide de prØvention et de traitement des situations de violences et de harcŁlement dans la fonction publique.

sa santØ physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. Ces dispositions ont consacrØ une protection qu avait dØjà reconnue la jurisprudence du Conseil d État (CE, 24 novembre 2006, Mme A , n° 256313, Rec.). Lauteur de harcŁlement moral est passible d une sanction disciplinaire (principe Øtendu aux agents ne relevant pas du statut gØnØral 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 rØfØrØs du Conseil d État a jugØ que le droit de ne pas Œtre soumis à un harcŁlement moral est une libertØ fondamentale au sens de la procØdure de rØfØrØ- libertØ, prØvue à l article L. 521-2 du CJA (JRCE, 19 juin 2014, Commune du Castellet, n° 381061, T.).

Par sa dØcision Mme B A . de 2011 le Conseil d État a par ailleurs prØcisØ le rØgime de la preuve et l office du juge administratif saisi d agissements constitutifs de harcŁlement moral (CE, Sect., 11 juillet 2011, n° 321225, Rec.).

Ainsi, en ce qui concerne la charge de la preuve, il a jugØ qu il appartenait un agent public soutenant avoir ØtØ victime d agissements constitutifs de harcŁlement moral de soumettre au juge des ØlØments de fait susceptibles de faire prØsumer l existence d un tel harcŁlement. Il a indiquØ qu il incombait ensuite à l administration de produire, en sens contraire, une argumentation de nature à dØmontrer que les agissements en cause Øtaient justifiØs par des considØrations Øtrangères à tout harcŁlement. La conviction du juge, à qui il revient d apprØcier si les agissements de harcŁlement sont ou non Øtablis, se dØtermine au vu de ces Øchanges contradictoires, qu il peut complØter, en cas de doute, en ordonnant toute mesure d instruction utile.

Par la mŒme dØcision de 2011, le Conseil d Etat a prØcisØ que pour apprØcier si des agissements sont constitutifs d un harcŁlement moral, le juge administratif devait tenir compte des comportements respectifs de l agent auquel il est reprochØ d avoir exercØ de tels agissements et de celui qui estime en avoir ØtØ victime. En revanche, la nature mŒme des agissements en cause exclut, lorsque l existence d un harcŁlement moral est Øtablie, qu il puisse Œtre tenu compte du comportement de l agent qui en a ØtØ victime pour attØnuer les consØquences dommageables qui en ont rØsultØ pour lui. Cette absence de partage de responsabilitØ impose aux juges une qualification rigoureuse du harcŁlement moral. Le prØjudice rØsultant de ces agissements pour l agent victime doit alors Œtre intØgralement rØparØ : ce dernier a droit à l indemnisation de son prØjudice moral comme de son prØjudice matØriel (CE, 22 fØvrier 2012, Chambre rØgionale d agriculture Provence-Alpes-Côte d Azur, n° 343410, T.). La circonstance que les faits soient intervenus sur une pØriode relativement brŁve ne fait pas obstacle à ce que la qualification de harcŁlement moral soit retenue, (CE, 12 octobre 2016, n° 384687, InØdit).

La protection fonctionnelle

Des agissements rØpØtØs de harcŁlement moral peuvent permettre à l agent public qui en est l objet d obtenir la protection fonctionnelle prØvue par les dispositions de l article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 prØcitØe. Le fait que l agent public qui demande le bØnØfice de la protection fonctionnelle se trouve en congØ de maladie lors de la prØsentation de sa demande n exclut pas qu il y soit fait droit, dŁs lors que des dØmarches adaptØes à la nature et à l importance des agissements contre lesquels cette protection est sollicitØe peuvent encore Œtre mises en uvre (CE, 12 mars 2012, Commune de H nheim, n° 308974, T.). Lorsqu un agent conteste devant le juge la dØcision lui refusant le bØnØfice de la protection fonctionnelle, la caractØrisation d une situation de harcŁlement moral suit le rØgime de preuve dØgagØ par la dØcision Mme B A , (CE, 23 dØcembre 2014, n° 358340, T.).

Il faut par ailleurs rappeler que l article 23 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 prØvoit que Des conditions d hygiŁne et de sØcuritØ de nature à prØserver leur santØ et leur intØgritØ physique sont assurØes aux fonctionnaires durant leur travail. et que, selon l article 40 du code de procØdure pØnale, Toute autoritØ constituØe, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d un crime ou d un dØlit est tenu d en donner avis sans dØlai au procureur de la RØpublique et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procŁs-verbaux et actes qui y sont relatifs.

Les dispositifs de prévention

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

Ainsi, l article 6 quarter A prØvoit que : Les administrations, collectivitØs et Øtablissements 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 harcŁlement moral ou sexuel ou d agissements sexistes et de les orienter vers les autoritØs compØtentes en matiŁre d accompagnement, de soutien et de protection des victimes et de traitement des faits signalØs. Ce dispositif permet Øgalement de recueillir les signalements de tØmoins.

De son côtØ, l article 6 septies prØvoit que, d ici le 31 dØcembre 2020 : l Etat et ses Øtablissements publics administratifs, les collectivitØs territoriales et Øtablissements publics de coopØration intercommunale de plus de 20 000 habitants ainsi que les autres Øtablissements publics [ ] [de] la fonction publique hospitaliŁre Ølaborent et mettent en uvre un plan d action pluriannuel. . Ce plan d action comporte au moins des mesures visant à prØvenir et traiter les discriminations, les actes de violence, de harcŁlement moral ou sexuel ainsi que les agissements sexistes. Les instances de dialogue social sont consultØes sur ce plan d action. Labsence d Ølaboration du plan d action ou son non renouvellement peut Œtre sanctionnØ par une pØnalitØ dont le montant ne peut excØder 1 % de la rØmunØration 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 gØnØral de la fonction publique prØvoit que tout fonctionnaire a accŁs à son dossier individuel (art. 18 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983). Ce droit dØcoule Øgalement de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, dØsormais codifiØe 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 Øgalement venu protØger la jurisprudence.

Les mots du juge

Considørant, d une part, qu en raison de la nature de l emploi de secrØtaire gønøral de la dØfense nationale qu occupait le sieur X le gouvernement pouvait a tout moment, mŒme en l absence d une faute de nature à motiver une sanction disciplinaire, dØcider de mettre fin à ses fonctions ; que, si la dØcision attaquØe, qui est fondØe sur des motifs touchant à la personne du sieur X , ne pouvait lØgalement Œtre prise sans que les formalitØs prØvues à l article 65 de la loi du 22 avril 1905 aient ØtØ observØes, il ressort des piŁces du dossier que le requørant, à qui le 29 dØcembre 1969, le ministre d État chargØ de la dØfense nationale a fait des observations sur sa maniŁre de servir et qui, le 31 dØcembre suivant, a ØtØ suspendu de ses fonctions, a ØtØ mis en temps utile en mesure de demander la communication de son dossier ; que le sieur X n est, par suite, pas fondØ à soutenir que la procØdure aurait ØtØ irrØguliŁre
(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 trŁs ancienne, qui prend racine dans les dispositions de l article 65 de la loi du 22 avril 1905 portant fixation du budget des dØpenses et des recettes de l exercice 1905, encore en vigueur aujourd hui : Tous les fonctionnaires civils et militaires, tous les employØs et ouvriers de toutes administrations publiques ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les notes, feuilles signalØtiques et tous autres documents composant leur dossier, soit avant d Œtre l objet d une mesure disciplinaire ou d un dØplacement d office, soit avant d Œtre retardØ dans leur avancement à l ancienneto .

Le Conseil d État a paradoxalement fait application de ces dispositions, dans une des premiŁres affaires relatives à l accŁs d un fonctionnaire à son dossier administratif, pour les Øcarter, en raison des circonstances particuliŁres de la PremiŁre Guerre mondiale. Il a ainsi ØtØ jugØ que la dØcision par laquelle le prØsident de la RØpublique avait dØcidØ que l application de l article 65 de la loi du 22 avril 1905 prØcitØe serait suspendue pendant la durØe des hostilitØs n avait pas outrepassØ les droits qu il tenait des lois constitutionnelles, à raison des conditions dans lesquelles s exerçaient, en fait, à cette Øpoque, les pouvoirs publics (CE, 28 juin 1918, Sieur HeyriŁs, n° 63421, Rec.).

La jurisprudence postØrieure du Conseil d État est venue consacrer un droit d accŁs au dossier administratif pour les agents publics, dŁs lors qu intervient une mesure prise en considØration de la personne (CE, 20 janvier 1967, Sieur Jarry et autre, n° 65078, T. ; confirmØ par : CE, 17 janvier 1973, Sieur X s, n° 81441, Rec.). Un fonctionnaire qui n a pas ØtØ mis à mŒme d accØder à son dossier avant l adoption d une telle mesure se voit ainsi privØ d une garantie au sens de la jurisprudence Danthony (CE, Ass., 23 dØcembre 2011, n° 335033, Rec.) et est fondØ à en demander l annulation (CE, 31 janvier 2014, Mme A...B...,, n° 369718, T.). Cependant, une dØcision n est pas susceptible de faire l objet d un recours du seul fait qu elle est prise en considØration de la personne. En effet,

elle peut prØsenter les caractŁres d une mesure d ordre intØrieur et ainsi Øchapper au contrôle du juge (CE, Sect., 25 septembre 2015, Mme B , n° 372624, Rec. ; cf. la fiche n° 93 Les mesures d ordre intØrieur).

C est toutefois la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 qui a consacrØ un droit d accŁs à son dossier pour tout agent public, en toute circonstance. Le dossier d un agent public prØsente ainsi le caractŁre 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 regardØ comme une personne intØressØe 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 demandØ.

Toutefois, ce droit d accŁs fondØ sur une loi d application gØnØrale s efface si une procØdure disciplinaire est engagØe. En ce cas, seules les dispositions de l article 65 de la loi du 22 avril 1905 ou les lois statutaires applicables à l intØressØ rØgiront l accŁs de l agent à son dossier[21] (CE, 27 janvier 1982, Mme X , n° 29738, Rec.). Le Conseil d État a rappelØ que les dispositions du troisiŁme alinØa 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 concernØ par une procØdure disciplinaire, dŁs lors que cette demande est prØsentØe avant que l autoritØ disposant du pouvoir de sanction ne se prononce (CE 25 juill. 2013, M. A... B..., n° 360899). La Commission d accŁs aux documents administratifs s estime incompØtente pour se prononcer sur une demande d accŁs au dossier d un agent lorsque cette demande est faite par l agent dans le cadre d une procØdure disciplinaire à son encontre, cette procØdure suspendant provisoirement l application des dispositions du livre III du CRPA.

L administration peut reporter la communication d un document s il est inachevØ ou prØparatoire à une dØcision, 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 piŁces de nature mØdicale (dossier mØdical, rapports d expertises, etc.), le caractŁre prØparatoire du document ne saurait Œtre invoquØ pour refuser, mŒme temporairement, la communication à l intØressØ. En effet, le droit à l information mØdicale de l agent est alors fondØ sur les dispositions de l article L. 1111-7 du code de la santØ publique, qui prime sur toute autre considØration liØe au statut des fonctionnaires.

Les modalités de communication du dossier de l'agent

Lorsque l administration est tenue de donner accŁs à son dossier à un agent public, elle doit le faire dans un dØlai suffisant, sans quoi ce dernier peut demander une indemnitØ pour le prØjudice qui rØsulterait pour lui de la non-communication du dossier (CE, 16 fØvrier 1966, Sieur TorrŁs, n° 60209, Rec.). Ainsi, le Conseil d État a pu juger qu un dØlai de deux jours suffisait à un agent pour prendre connaissance de son dossier avant sa convocation devant son autoritØ hiØrarchique dans le cadre d une procØdure disciplinaire, dŁs lors que cet agent Øtait informØ des faits qui lui Øtaient reprochØs (CE, 3 juillet 1981, Mme X , n° 16496, Rec.).

Le droit à la communication du dossier comporte Øgalement pour l agent intØressØ celui d en prendre copie, à moins que sa demande ne prØsente un caractŁre abusif. Toutefois, les dispositions prØvoyant l obligation pour l administration, dans le cadre d une procØdure disciplinaire, d informer l intØressØ 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 contenu du dossier est, en principe, le dossier administratif de la gestion de la carriŁre de l agent (affectation, dØtachement, Øvaluation, sanctions, etc.) complØtØ des piŁces que l administration juge utile de conserver pour la gestion des personnels. Lorsque la communication intervient dans le cadre d une procØdure disciplinaire, l agent doit avoir accŁs à un dossier qui contienne Øgalement les piŁces qui fondent les griefs qui lui sont reprochØs (CE, 20 janvier 1975, Sieur Louis Peigne, n° 92836, Rec.).

Si un agent n est pas recevable à demander l annulation des dØcisions par lesquelles l autoritØ administrative accepte ou refuse de faire enregistrer, classer et numØroter les piŁces de son dossier, ou de les complØter, dans la mesure oø elles ne lui font pas grief par elles-mŒmes, il est en revanche recevable à demander au juge administratif l annulation de la dØcision par laquelle l administration refuserait de procØder au retrait de son dossier des piŁces qui, selon lui, ne peuvent lØgalement 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 accØder à son dossier peut, mŒme lorsqu aucune procØdure disciplinaire n est engagØe à son encontre, se faire accompagner d un tiers (CE, 11 juillet 1988, M. Alain X n° 59576, Rec.).

Le dossier géré sur support électronique

Le dernier alinØa de l article 18 de la loi du 13 juillet 1983 prØvoit depuis la loi n° 2009-972 du 3 aoßt 2009 que : Dans des conditions fixØes par dØcret en Conseil d Etat pris aprŁs avis de la Commission nationale de l informatique et des libertØs, le dossier du fonctionnaire peut Œtre gØrØ sur support Ølectronique s il prØsente les garanties prØvues par les alinØas prØcØdents .

Les articles 11 et suivants du dØcret du 15 juin 2011 relatif au dossier individuel des agents publics et à sa gestion sur support Ølectronique fixent les modalitØs spØcifiques de consultation du dossier gØrØ sur support Ølectronique. Doivent ainsi Œtre communiquØes aux agents les coordonnØes de l autoritØ administrative ou territoriale auprŁs de laquelle ils peuvent exercer leurs droits d accŁs 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 dØcret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ; pour les agents contractuels territoriaux : art. 37 du dØcret n° 88-145 du 15 fØvrier 1988 ; pour les agents contractuels hospitaliers : art. 40 du dØcret n° 91-155 du 6 fØvrier 1991.

de rectification. La consultation du dossier sur support Ølectronique a lieu par affichage sur Øcran des documents sous une forme accessible (article 12). L agent obtient, à sa demande, une copie de tout ou partie des ØlØments de son dossier gØrØ sur support Ølectronique par transmission des documents correspondants à son adresse Ølectronique professionnelle nominative ou par remise d un support numØrique ou par remise d une copie sur support papier conforme à l original (article 14).

L arrŒtØ du 21 dØcembre 2012 relatif à la composition du dossier individuel des agents publics gØrØs sur support Ølectronique a fixØ la nomenclature prØcise des piŁces pouvant Œtre versØes au dossier Ølectronique.

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 réserve[22].

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 Œtre respectØe par l agent dans l exercice de ses fonctions, mais aussi lorsque l agent agit dans le cadre d activitØs personnelles. Elle s applique mŒme aux candidats à une fonction publique (CE, Ass., 28 mai 1956, Sieur X et autres, n° 28238, Rec.).

La rØserve qui s impose à l agent concerne aussi bien le fonctionnement de son service ou de l administration en gØnØral que les sujets politiques, religieux ou philosophiques et plus gØnØralement l ensemble des dØbats de sociØtØ (CE, 23 avril 2009, M. A , n° 316862, Rec.).

Elle ne fait pas obstacle à ce que l agent public poursuive une carriŁre politique (art. 7 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983), dØveloppe des convictions religieuses ou exerce des activitØs associatives diverses. Toutefois, elle exclut la critique excessive, la violence des mots et le caractŁre outrancier des agissements. À dØfaut, l agent s expose à des sanctions disciplinaires.

Toutes les formes d expression sont concernØes par l obligation de rØserve : des propos tenus à l oral, des Øcrits sur des supports divers (journaux, rØseaux sociaux), la prØsence à des manifestations ou de rØunions, 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 rØserve sera d autant plus important que l expression fautive de l agent sera publique et diffusØe. La presse, la radio ou la tØlØvision ou encore les sites internet donnent aux Øcrits et propos rØprØhensibles une rØsonance qui en accentue la gravitØ. En outre, le pseudonyme ou toute autre forme de dissimulation n exonŁre pas l agent public de son obligation de rØserve (CE, 27 juin 2018, n° 412541, T.).

Le niveau hiØrarchique et les fonctions occupØes par l agent sont Øgalement susceptibles d aggraver le manquement à l obligation de rØserve. Cette obligation est d autant plus forte que celui qui s exprime occupe des postes importants (ambassadeurs, magistrats, prØfets, etc.) et exerce des fonctions exposØes ou sensibles (fonctionnaire en poste à l Øtranger par exemple) et donc plus fortement impliquØ dans la dØfinition et l exØcution de la politique gouvernementale.

Le manquement à cette obligation sera d autant plus caractØrisØ qu il aura ØtØ exprimØ en des termes outranciers.

Dans l affaire Matelly, l intØressØ n occupait qu un rang modeste dans la hiØrarchie militaire , mais son Øtat militaire le soumettait à une exigence de rØserve renforcØe. La critique qui lui Øtait reprochØe ayant nØanmoins ØtØ formulØe en des termes mesurØs, le Conseil d État a estimØ que la radiation des cadres Øtait une sanction manifestement disproportionnØe (CE, 12 janvier 2011, M. Matelly, n° 338461, Rec.).

Certains fonctionnaires bØnØficient, en revanche, d une libertØ d expression plus large et sont, corrØlativement, soumis à une moindre rØserve dans leur expression : ce sont les enseignants et chercheurs du supØrieur. Ils n en doivent pas moins faire preuve de tolØrance et d objectivitØ (par exemple : CE, 28 septembre 1998, M. Bernard X..., n° 159236, T.).

Par ailleurs, ceux qui ont la qualitØ de dirigeants syndicaux bØnØficient, lorsqu ils s expriment pour la dØfense des intØrŒts professionnels, d une libertØ accrue dans leur expression. Sans en Œtre dØliØs (CE, 23 avril 1997, M. B , n° 144038, T.), leur obligation de rØserve est ainsi attØnuØe (CE, 18 mars 1956, Sieur Boddaert, Rec.).

FICHE N° 27 :
L'obligation de secret professionnel et de discrétion professionnelle

CE, 1er 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 discrØtion 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 particuliŁrement tenus à une obligation de secret professionnel pour toutes les informations protØgØes par un secret en vertu de la loi.

Les mots du juge

ConsidØrant qu il rØsulte des piŁces du dossier que, au cours de l annØe 1992, M. X.., infirmier de secteur psychiatrique employØ au Centre hospitalier spØcialisØ Le Valmont, a participØ à la rØalisation d un court mØtrage tournØ par des lycØens, consacrØ à l activitØ artistique comme mode de traitement des malades atteints de troubles psychiques ; qu à cette occasion il a fourni au rØalisateur des informations qui ont permis à ce dernier d entrer en contact avec une malade qui, mŒme si elle bØnØficiait de sorties d essai, dØpendait du centre hospitalier, sous la responsabilitØ mØdicale duquel elle se trouvait placØe ; que, mŒme si M. X. n a pas personnellement participØ à l interview obtenue de cette malade, et s il soutient n avoir pas dØvoilØ à l Øquipe de tournage les informations mØdicales la concernant, il a, en rØvØlant 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, manquØ à l obligation de secret professionnel
(CE, 1er juin 1994, Centre hospitalier spØcialisØ Le Valmont, n° 150870, T.)

ConsidØrant que la sanction disciplinaire attaquØe a ØtØ prise à raison de deux manquements successifs à l obligation de secret et de discrØtion professionnels commis par M. X..., auquel il est reprochØ, en premier lieu, d avoir remis en octobre 2004 à un tiers de sa connaissance en conflit avec son employeur une fiche extraite du systŁme de traitement des infractions constatØes contenant des informations nominatives confidentielles concernant ce dernier, en second lieu, d avoir, en fØvrier 2005, rØpondu favorablement à la demande d un ancien fonctionnaire de police qui l avait sollicitØ pour obtenir des informations sur un entrepreneur, en engageant à cet effet des dØmarches auprŁs de la division Øconomique et financiŁre, au risque de troubler les investigations policiŁres et judiciaires en cours sur les activitØs de cette personne ; ( )
Qu aprŁs la premiŁre imprudence fautive commise en octobre 2004, M. X a de nouveau gravement manquØ aux obligations de prudence et de secret professionnels qui s imposent avec une force particuliŁre aux fonctionnaires de police occupant des emplois de responsabilitØ ; que, dans ces circonstances, M. X n est fondØ à soutenir, ni que le dØcret attaquØ aurait inexactement qualifiØ les faits en les regardant comme fautifs, ni que la sanction qui lui a ØtØ infligØe, conformØment à l avis de la majoritØ du conseil de discipline, serait manifestement disproportionnØe
(CE, 30 novembre 2007, n° 298814, InØdit)

Commentaire

Les fonctionnaires sont tenus à une obligation gØnØrale de confidentialitØ, 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 dØcline cette obligation en deux aspects : le secret professionnel et la discrØtion professionnelle. Ces deux exigences doivent se concilier avec les rŁgles applicables en matiŁre de dØnonciation ou d alerte et de transparence.

Tous les fonctionnaires sont soumis à une obligation de secret professionnel

En vertu du premier alinØa 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 rŁgles instituØes dans le code pØnal . Les rŁgles du code pØnal sont celles rØsultant des articles 226-13 et 226-14.

Le premier de ces articles sanctionne la rØvØlation d une information à caractŁre secret par une personne qui en est dØpositaire soit par Øtat ou par profession, soit en raison d une fonction ou d une mission temporaire .

Il en rØsulte que le fonctionnaire, comme tout agent public, est tenu de ne pas rØvØler une information couverte par un secret. Ce secret peut Œtre instituØ pour protØger l action de l administration (secret de la dØfense nationale, secret de l instruction, secret du dØlibØrØ, etc.) ou pour prØserver les droits des particuliers (secret mØdical, secret des correspondances, etc.).

L information couverte par un secret peut Œtre partagØe au sein du service (dans le cadre d une enquŒte judiciaire par exemple) ou avec les seules personnes habilitØes à le recevoir (cas du secret mØdical par exemple), mais elle ne peut Œtre diffusØe aux tiers, que ce soit d autres agents publics ou les administrØs. Ainsi, la consultation, à titre personnel, d un fichier professionnel et la communication à des tiers non habilitØs des informations confidentielles qu il contient constituent un manquement au devoir de rØserve et de discrØtion professionnelle (CE, 31 mars 2017, M. X c/ Ministre de l intØrieur, n° 392316, T.).

L agent qui mØconnaît son obligation de secret professionnel s expose à une sanction pØnale (un an d emprisonnement et 15 000 euros d amende) et à une sanction disciplinaire (CE, 1er juin 1994, Centre hospitalier spØcialisØ Le Valmont, n° 150870, T. ; pour un agent affectØ au secrØtariat 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 utilisØe par les juges d instruction : CE, 22 juin 2016, n° 383246, T.).

Compte tenu de leur compØtence consultative pour les dØcisions individuelles concernant les fonctionnaires, les membres des CAP sont soumis à l obligation de confidentialitØ. Ni les dØbats, ni les avis ne peuvent Œtre communiquØes à des tiers (CE, 4 novembre 1992, M. X , n° 98983, Rec. ; CE, 11 fØvrier 1994, Ministre du budget c/ M. X , n° 143853, T. ; CE, 10 septembre 2007, Syndicat CFDT du ministŁre des affaires Øtrangłres, n° 295647, T.).

Le second article du code pØnal prØvoit que le secret n est pas applicable dans certains cas qu il vise (par exemple la dØnonciation de privations ou de sØvices infligØes à des mineurs ou des personnes vulnØrables) et dans les cas oø la loi impose ou autorise la rØvØlation du secret : par exemple, dans le cadre des pouvoirs d enquŒte du procureur de la RØpublique[23], ou dans le cadre de la loi n° 2016 -1691 du 9 dØcembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie Øconomique qui a harmonisØ le dispositif relatif aux alertes, remplaçant ainsi la plupart des dispositifs spØcifiques ou sectoriels qui avaient ØtØ auparavant instaurØs notamment dans le secteur public[24]. Cette loi, applicable à la fonction publique, a crØØ un statut pour les lanceurs d alerte et une procØdure de recueil des signalements.

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

Le second alinØa de l article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 prØvoit que les fonctionnaires doivent faire preuve de discrØtion 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 .

L obligation de discrØtion professionnelle couvre l ensemble des informations dØtenues par l administration, mŒme celles qui ne sont pas protØgØes par un secret prØvu par la loi. Le bon fonctionnement de l administration, comme la prØservation des droits et intØrŒts des administrØs, s opposent à ce que ces informations soient rendues publiques ou communiquØes à des tiers. Est ainsi lØgalement sanctionnØ, par exemple, un responsable administratif qui communique le rapport d analyse des offres prØsentØes par plusieurs entreprises en vue de l obtention d un marchØ public (CE, 4 juillet 2005, n° 269177, InØdit). De mŒme un agent qui diffuse sur Internet des ØlØments dØtaillØs et

23 Art. 77-1-1 du code de procØdure pØnale.

24 L article 15 de la loi ° 2016-1691 du 9 dØcembre 2016 supprime les articles L. 1351-1 et L. 5312-4-2 du code de la santØ 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 1er et les 3° et 4° de l article 2 et l article 12 de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l indØpendance de l expertise en matiŁre de santØ et d environnement et à la protection des lanceurs d alerte. La loi du 9 dØcembre 2016 n a cependant pas modifiØ les dispositions de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement qui prØvoit la protection du lanceur d alerte pour les services spØcialisØs 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 santØ du travailleur ou de dØfectuositØ constatØe dans le systŁme de protection ainsi que les dispositions du dØcret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l hygiŁne, la sØcuritØ et la prØvention mØdicale. En outre, le dØcret n° 2010-974 en date du 26 aoßt 2010 fixe des dispositions similaires applicables à la santØ et à la sØcuritØ au travail ainsi qu à la prØvention mØdicale du personnel militaire servant au sein de la gendarmerie nationale.

prØcis sur l organisation de son service mØconnaît son obligation de discrØtion professionnelle (CE, 20 mars 2017, Centre de gestion de la fonction publique territoriale du Territoire de Belfort, n° 393320, T.).

NØanmoins, l article 26 prØvoit que les fonctionnaires peuvent Œtre dØliØs de leur obligation de discrØtion professionnelle par dØcision expresse de l autoritØ dont ils dØpendent en vertu de la rØglementation en vigueur (notamment celle relative à la libertØ d accŁs aux documents administratifs). L article 27 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 prØvoit, en outre, que, sous rØserve de la nØcessaire discrØtion professionnelle, les fonctionnaires ont le devoir de satisfaire aux demandes d information du public.

Au demeurant, l obligation de discrØtion professionnelle ne fait pas obstacle à ce que le fonctionnaire observe les prescriptions de l article 40 du code de procØdure pØnale, lui imposant d aviser le procureur de la RØpublique d un crime ou d un dØlit dont il a connaissance et de lui transmettre tous les renseignements, procŁs-verbaux et actes qui y sont relatifs. Elle n empŒche pas, non plus, de procØder à un signalement d une alerte conformØment aux articles 6 à 15 de la loi n° 2016-1691 du 9 dØcembre 2016.

L article 6 ter A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 protŁge l agent ayant dØnoncØ, de bonne foi, aux autoritØs judiciaires ou administratives un dØlit, un crime ou un conflit d intØrŒts 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 prise à son Øgard.

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 dØsintØressement, qui lui impose en particulier de faire preuve de probitØ et doit le conduire à proscrire toute situation de conflit d intØrŒts.

Les mots du juge

Considørant que les dispositions de l article 432-13 du code pønal interdisent à toute personne ayant øtø chargøe, en tant que fonctionnaire public, à raison mŒme de sa fonction, d assurer la surveillance ou le contrôle d une entreprise privøe ou d exprimer son avis sur les opørations effectuøes par une entreprise privøe, d occuper un emploi dans ladite entreprise avant l expiration d un dølai de cinq ans suivant la cessation des fonctions de surveillance ou de contrôle susmentionnøes ; qu elles font øgalement obstacle à ce que l autoritø administrative nomme un fonctionnaire dans un poste oø, quelle que soit la position statutaire qu il serait amenø à occuper, il contreviendrait à ces dispositions (CE, Ass., 6 dØcembre 1996, SociØtØ 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, rØsultant de l article 1er de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, d exercer ses fonctions avec dignitØ et probitØ . 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 dØsintØressement.

Cette obligation lui impose de ne poursuivre que l intØrŒt public dont il a la charge, à l exclusion notamment d intØrŒts privØs, personnels ou de personnes liøes, en particulier en matiŁre financiŁre. Agir de façon dØsintØressØe, c est ne pas mettre, ni Œtre en situation de mettre, des intØrŒts divers en contradiction avec l intØrŒt 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 dØsintØressement du fonctionnaire peut donner lieu à une sanction disciplinaire.

Les manquements peuvent consister en des vols ou dØtournements de biens ou d argent publics ou privØs (CE, 8 juillet 2005, n° 247361, InØdit : 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 dØcØdøe), en des confusions avec les intØrŒts de sociØtØs privØes (CE, 19 fØvrier 1996, Ministre de la dØfense c/M. X , n° 128115, T. ; CE, 25 juin 2003, n° 235118, InØdit : contrats conclus avec des sociØtØs appartenant à des membres de la famille du fonctionnaire responsable de ces contrats), etc.

Dans tous les cas, c est l intØgritØ de l administration et des services publics qui est atteinte et les sanctions prononcØes sont gØnØralement parmi les plus sØvŁres.

Le manquement à l obligation de dØsintØressement peut øgalement conduire à une procØdure pønale. De nombreuses sanctions pønales sont en effet prØvues lorsque le fonctionnaire priviløgie ses intØrŒts ou ceux de ses proches.

Outre les qualifications pønales gønørales applicables à toute personne (vol ou escroquerie par exemple), le code pønal comporte des dispositions spØcifiques aux manquements au devoir de probitØ, qui sont au nombre des dØlits commis contre l État (art. 432-10 et s. du code pønal) : concussion, corruption passive et trafic d influence, prise illøgale d intØrŒts, atteintes à la libertØ d accŁs et à l øgalitØ des candidats dans les marchØs publics et les dØlØgations de service public, soustraction et dØtournement de biens.

Les dispositions pønales impactent directement la løgalitØ des dØcisions administratives. Dans l affaire SociØtØ Lambda, l AssemblØe du contentieux du Conseil d État a jugØ que l autoritØ administrative ne pouvait løgalement

nommer une personne sur un emploi dŁs lors que cette nomination peut conduire à une qualification pØnale de prise illØgale d intØrŒts, eu Øgard aux fonctions antØrieures de la personne nommØe. En l espŁce, la nomination du chef du service des affaires monØtaires et financiŁres à la direction du TrØsor au poste de sous-gouverneur au CrØdit foncier de France, Øtablissement sur lequel il exerçait alors un contrôle direct, est annulØe (CE, Ass., 6 dØcembre 1996, SociØtØ 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 mØcanismes destinØs à prØvenir les conflits d intØrŒts et donc les manquements à l obligation de dØsintØressement du fonctionnaire.

Plusieurs catØgories de fonctionnaires, compte tenu du niveau hiØrarchique de leur emploi ou de la nature des fonctions qu ils exercent, doivent transmettre une dØclaration d intØrŒts à leur autoritØ de nomination et, pour certains d entre eux, une dØclaration de patrimoine à la Haute AutoritØ 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 Øgalement prØvu que les fonctionnaires exerçant des responsabilitØs en matiŁre Øconomique ou financiŁre doivent, selon le niveau hiØrarchique ou la nature de leurs fonctions, justifier auprŁs de la Haute AutoritØ pour la transparence de la vie publique avoir pris, dans un dØlai de deux mois suivant leur nomination, toutes dispositions pour que leurs instruments financiers soient gØrØs, pendant la durØe 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 aoßt 2019 ont renforcØ le rôle des administrations en matiŁre de contrôle dØontologique, notamment avec la mise en place d un rØfØrent dØontologue.

En particulier, la loi n° 2019-828 du 6 aoßt 2019 a transfØrØ à la Haute AutoritØ pour la transparence de la vie publique (HATVP) les missions exercØes par la commission de dØontologie de la fonction publique. Elle prØvoit que ne seront dØsormais transmises automatiquement à la HATVP que les demandes de dØpart vers le secteur privØ et les cumuls pour crØation ou reprise d entreprise des agents publics occupant des emplois dont le niveau hiØrarchique ou la nature des fonctions le justifient. Pour les autres agents, l approbation de leur demande appartient à l autoritØ dont ils relŁvent. En cas de doute sØrieux sur la compatibilitØ entre les fonctions exercØes et l activitØ envisagØe, l autoritØ hiØrarchique de l agent a la possibilitØ de soumettre la demande à l avis de son rØfØrent dØontologue. Si ce dernier ne s estime pas en mesure d apprØcier la situation, l autoritØ hiØrarchique peut saisir, en dernier recours, la HATVP.

La loi du 6 aoßt 2019 a Øgalement crØØ un contrôle dØontologique pour les personnes, fonctionnaires ou agents contractuels, ayant exercØ une activitØ dans le secteur privØ au cours des trois derniŁres annØes et qui souhaitent revenir dans la fonction publique ou y accØder sur des postes exposØs. Pour certains emplois de direction, ce contrôle est effectuØ directement par la HATVP sur saisine de l autoritØ hiØrarchique. La HATVP doit alors apprØcier si l activitØ qu a exercØ, qu exerce ou que projette d exercer le fonctionnaire risque de compromettre ou de mettre en cause le fonctionnement normal, l indØpendance ou la neutralitØ du service, de mØconnaître les principes dØontologiques de dignitØ, d impartialitØ, d intØgritØ et de probitØ ou de placer l intØressØ en situation de commettre l infraction de prise illØgale d intØrŒts.

25 Cf. pour les agents civils, le dØcret n° 2016-1967 du 28 dØcembre 2016 modifiØ relatif à l obligation de transmission d une dØclaration d intØrŒts et le dØcret n° 2016-1968 du 28 dØcembre 2016 modifiØ relatif à l obligation de transmission d une dØclaration de situation patrimoniale ; et pour les militaires, le dØcret n° 2018-63 du 2 fØvrier 2018 relatif aux obligations de transmission de dØclarations d intØrŒts 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 laïcitØde l État et le principe de neutralitØdes services publics, qui leur fait interdiction de manifester leurs opinions, notamment en matiŁre religieuse, dans l exercice de leurs fonctions. En revanche, ils sont Øgalement protØgØs contre les mesures discriminatoires à raison de ces opinions.

Les mots du juge

Si les agents du service de l enseignement public bØnØficient comme tous les autres agents publics de la libertØ de conscience qui interdit toute discrimination dans l accŁs aux fonctions comme dans le dØroulement de la carriŁre qui serait fondØe sur leur religion, le principe de laïcitØ 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 rØsultant de l article 1er de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la dØontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, le fonctionnaire est, dans l exercice de ses fonctions, tenu à l obligation de neutralitØ .

Cette obligation de neutralitØ dØcoule du principe gØnØral de neutralitØ applicable au service public (cf. par exemple : CE, Ass., 2 novembre 1992, M. MostØpha Z... et autres, n° 130394, Rec.).

L obligation de neutralitØ impose des sujØtions particuliŁres au fonctionnaire dans son comportement, en mŒme temps qu elle lui garantit une Øgalitø de traitement et le protŁge contre les discriminations.

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

La jurisprudence a consacrØ l obligation de neutralitØ, applicable à tous les agents publics, en la qualifiant de devoir de stricte neutralitØ (CE, 8 dØcembre 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 prØfØrences en sorte que l usager ne puisse douter de la neutralitØ du service.

La neutralitØ 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 Œtre suspendu à raison du contenu de son enseignement d histoire caractØrisant un manquement à l obligation de neutralitØ imposØe à tout fonctionnaire, particuliŁrement grave s agissant d un enseignant au collŁge (CE, 22 novembre 2004, Ministre de la jeunesse, de l Øducation nationale et de la recherche, n° 244515, T. sur un autre point).

En matiŁre religieuse, le principe de neutralitØ se conjugue avec le principe de laïcitØ 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.), prØcise dØsormais que le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcitØ. À ce titre, il s abstient notamment de manifester, dans l exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses . Ce principe s applique mŒme lorsque l agent n est pas en contact direct avec les usagers.

Le fonctionnaire ne doit notamment pas porter de signe destinØ 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 prosØlytisme (CE, 19 fØvrier 2009, M. X , n° 311633, T. : pour un guichetier de La Poste qui distribuait des tracts), ni mŒme user des moyens du service pour les besoins d une activitØ religieuse (CE, 15 octobre 2003, M. X , n° 244428, Rec. : pour l utilisation de la messagerie Ølectronique du service sur le site Internet d une organisation religieuse).

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

En revanche, le principe de laïcitØ ne fait pas obstacle à ce qu un agent du service public, qui bØnØficie de la libertØ religieuse, sollicite des autorisations de s absenter pour lui permettre de frØquenter un lieu de culte, dans la mesure oø ces absences ne portent pas atteinte au fonctionnement normal du service (JRCE, 16 fØvrier 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 prØcise que le fonctionnaire traite de façon Øgale toutes les personnes et respecte leur libertØ de conscience et leur dignitØ . Cette prescription, qui marque le lien qui unit la neutralitØ et l ØgalitØ, s applique non seulement aux usagers du service public mais aussi à ses agents.

Le principe de neutralitØ implique, en effet, que le fonctionnaire ne soit pas discriminØ 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 Œtre faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses et l article 7 de la mŒme loi indique que la carrière des fonctionnaires candidats à un mandat Ølectif ou Ølus ne peut, en aucune manière, Œtre affectØe par les votes ou les opinions Ømis par les intØressØs au cours de leur campagne Ølectorale ou de leur mandat. Par ailleurs, l article 18 de la mŒme loi Ønonce qu il ne peut Œtre fait Øtat dans le dossier d un fonctionnaire, de mŒme que dans tout document administratif, des opinions ou des activitØs politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l intØressØ .

C est ainsi qu il ne peut Œtre tenu compte, dans la limite du devoir de rØserve (cf. la fiche n° 26 L obligation de rØserve), 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 Œtre tenu compte de leurs opinions personnelles, qui relŁvent de la sphŁre privØe, dans le dØroulement de leur carrière (dØcisions prØcitØes Dlle Pasteau et Dlle Jamet : en matière religieuse ; CE, Sect., 1er octobre 1954, Sieur Guille, n° 14191, Rec. : en matière politique). L obligation de neutralitØ permettant de prØvenir toute manifestation des opinions religieuses, la seule qualitØ de ministre d un culte ne saurait donc faire obstacle à ce que l intØressØ soit Ølu aux fonctions de prØsident d universitØ (CE, 27 juin 2018, Syndicat de l enseignement supØrieur 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 impartialitØ qui doit guider son comportement et le conduire, le cas Øchéant, à ne pas traiter d affaires dans lesquelles son objectivitØ pourrait Œtre 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 1er 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 impartialitØ fait obstacle à ce que le fonctionnaire intervienne dans des situations oø il pourrait Œtre mis en cause à raison de faits extØrieurs ou de dØclarations antØrieures. Les apparences commandent, pour que l impartialitØ soit respectØe, que l usager ne puisse lØgitimement douter de l exercice impartial de ses fonctions par le fonctionnaire.

Il y a lieu de douter de l impartialitØ du fonctionnaire lorsque par exemple celui-ci à un intØrŒt personnel dans une opØration 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 chargØe d examiner l affaire (CE, 9 mars 1990, Consorts DuprØ, 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 dØontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, des prescriptions prØcises sur les obligations et devoirs du fonctionnaire en cas de situation de conflit d intØrŒts (article 25 bis). C est un prolongement de l exigence d impartialitØ objective.

Le conflit d intØrŒts y est dØfini comme « toute situation d interfØrence entre un intØrŒt public et des intØrŒts publics ou privØs qui est de nature à influencer ou paraître influencer l exercice indØpendant, impartial et objectif de ses fonctions ».

De maniŁre gØnØrale, le fonctionnaire doit veiller à faire cesser immØdiatement ou à prØvenir les situations de conflit d intØrŒts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver.

À cette fin, le fonctionnaire qui estime se trouver dans une situation de conflit d intØrŒts doit s abstenir de traiter un dossier ou de prendre une dØcision, de siØger ou de dØlibØrer dans une instance collØgiale ou est supplØØ par tout dØlØgataire, 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 dØlibØrations lorsqu ils ont un intØrŒt personnel à l affaire qui en est l objet ».

Le Conseil d État a jugØ que lorsqu un membre d une commission administrative à caractŁre consultatif est en situation de devoir s abstenir de siØger pour l examen d une question, il est de bonne pratique qu il quitte la salle oø se tient la sØance pendant la durØe de cet examen. Toutefois, s il est restØ dans la salle, cette circonstance n entraîne l irrØgularitØ de l avis rendu par la commission que si, en raison notamment de son rôle dans celle-ci, de l autoritØ hiØrarchique, scientifique ou morale qui est la sienne ou de la nature de ses liens d intØrŒt, sa simple prØsence pendant les dØlibØrations a pu influencer les positions prises par d autres membres de l instance (CE, Sect., 22 juillet 2015, SociØtØ Zambon France SA, n° 361962, Rec.).

Pour l impartialitØ d un jury d examen ou de concours, cf. la fiche n° 39 « Le devoir d impartialitØ 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 obØir aux instructions de l autoritØ hiØrarchique, sauf si l ordre donnØ est manifestement illØgal et de nature à compromettre gravement un intØrŒt public.

Les mots du juge

Considérant qu il rØsulte 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 livrØ à des agissements qui ont permis à de nombreuses personnes de percevoir indßment des allocations de chômage ; que les actes dont s agit prØsentaient de toute Øvidence un caractŁre illØgal et que le requØrant n a pu ignorer qu ils compromettaient gravement le fonctionnement du service public ; que, dans ces conditions, le sieur X , bien qu il ait exØcutØ les instructions qui lui avaient ØtØ donnØes par le maire, son supØrieur hiØrarchique, et qui avaient ØtØ confirmØes par celui-ci, est demeurØ 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 obØissance hiØrarchique : Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiØrarchie, est responsable de l exØcution des tâches qui lui sont confiØes. Il doit se conformer aux instructions de son supØrieur hiØrarchique, sauf dans le cas oø l ordre donnØ est manifestement illØgal et de nature à compromettre gravement un intØrŒt public (premier alinØa de l article 28).

Cette obligation, d origine jurisprudentielle, est applicable à l ensemble des agents publics placØs sous l autoritØ d un supØrieur hiØrarchique.

L'obligation d'obéir constitue le principe

Les agents publics, par principe, ne sont pas habilitØs à apprØcier la lØgalitØ et l opportunitØ des instructions qu ils reçoivent. Ils sont tenus d y obØir. C est une exigence qui rØsulte du principe hiØrarchique et qui est nØcessaire au bon fonctionnement de l administration et à la continuitØ du service public.

L obligation d obØir comporte plusieurs facettes pour les agents publics :

- celle tout d abord de respecter les mesures, lØgislatives ou rØglementaires, prises pour l organisation des services oø ils exercent leur fonction (par exemple : CE, 28 novembre 2003, M. Garde, n° 234898, InØdit : sanction d un contremaître qui a fait preuve à l Øgard de sa hiØrarchie, d un refus d obØissance caractØrisØ en refusant à plusieurs reprises, malgrØ les diffØrents rappels qui lui ont ØtØ faits de ses obligations professionnelles, d appliquer une note de service concernant l organisation de ses tâches au regard des exigences de la rØglementation) ;

- celle ensuite de se conformer aux rŁgles qui dØcoulent de leur statut et de leur situation juridique (par exemple : CE, 31 juillet 1996, M. Delauzun, n° 151447, InØdit : sanction d un agent refusant sa mutation des services techniques au service d entretien d une commune) ;

- celle enfin d exØcuter de façon loyale les ordres donnØs par le supØrieur hiØrarchique, ce qui recouvre l obligation de servir et d accomplir un travail effectif (par exemple : CE, 23 mai 2001, M. Secret, n° 206103, InØdit : sanction d un administrateur de l INSEE qui ne s est pas acquittØ des tâches et missions qui lui avaient ØtØ confiØes au sein d une direction rØgionale) ou l obligation d exØcuter des instructions ponctuelles (par exemple : CE, 21 juillet 1995, Bureau d aide sociale de la Ville de Paris, n° 115332, InØdit : sanction d un agent qui a refusØ d assurer pendant

une semaine la permanence du standard tØlØphonique au motif, selon l intØressØ, que cet ordre n Øtait pas conforme à son statut).

Par ailleurs, l appel à ne pas obØir est aussi une mØconnaissance de l obligation d obØissance hiØrarchique (par exemple : CE, 6 juin 2001, Agence nationale pour l emploi, n° 210916, T. : sanction d un agent qui, entre autres fautes, a incitØ les personnels d accueil et de gardiennage au non-respect de leurs obligations professionnelles).

Cette obligation d obØir a pour corollaire, au plan pØnal, un principe d irresponsabilitØ. L alinØa 2 de l article 122-4 du code pØnal dispose, en effet, que n est pas pØnalement responsable la personne qui accomplit un acte commandØ par l autoritØ lØgitime, sauf si cet acte est manifestement illØgal .

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 obØir n est pas absolue car, l obØissance hiØrarchique, qui est un principe cardinal, ne saurait Øchapper aux questionnements : obØir, ce n est pas se soumettre, ni renoncer à penser, ni devoir se taire (Jean-Marc SauvØ, 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 , rØserve le cas oø l ordre donnØ est manifestement illØgal et de nature à compromettre gravement un intØrŒt public.

Dans ce cas, l agent public a le devoir de dØsobØir et il ne pourra Øchapper à sa responsabilitØ pØnale (art. 122-4 du code pØnal).

Cette exception à l obligation d obØir n a vocation à s appliquer qu aux situations les plus graves, car il faut que l ordre donnØ soit, à la fois, manifestement illØgal et de nature à compromettre gravement un intØrŒt public. TrŁs souvent, il s agira d infractions dØlictuelles ou criminelles.

Il faut d abord une illØgalitØ manifeste. Or, un ordre justifiØ par l intØrŒt du service, notamment sa continuitØ, ne sera pas manifestement illØgal (par exemple : CE, 3 mai 2006, M. A , n° 249675, InØdit : à propos du calcul des droits à congØs annuels d un agent et de la mise en demeure de reprendre le service qui lui a ØtØ adressØe).

Il faut ensuite que l ordre soit de nature à compromettre gravement un intØrŒt public : cela peut Œtre 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 dØcembre 1995, Commune de BagnŁres-de-Bigorre, n° 143577, InØdit : radiation des cadres pour abandon de poste par un agent affectØ à l office du tourisme et du thermalisme ; CE, 11 fØvrier 2015, M. B , n° 369378, InØdit : mŒme solution pour un documentaliste affectØ dans un collŁge).

S agissant des militaires, ils doivent obØissance aux ordres de leurs supØrieurs et sont responsables de l exØcution des missions qui leur sont confiØes. Toutefois, il ne peut leur Œtre ordonnØ 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 dØfense).

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 intØgralitØ de son activitØ professionnelle aux tâches qui lui sont confiØes, à peine de sanction disciplinaire et de reversement des sommes indßment perçues. Il existe toutefois diverses dØrogations à ce principe. Le fonctionnaire peut, notamment, Œtre autorisØ par son autoritØ hiØrarchique à exercer une activitØ accessoire, si elle est compatible avec le bon fonctionnement du service. Par ailleurs, la production des uvres de l esprit est complŁtement libre en dehors du service. Et, mŒme lorsqu il est en service, le fonctionnaire jouit dØsormais, dans le cadre d un rØgime particulier, de droits d auteur.

Les mots du juge

Considørant ( ) que si le syndicat mixte soutient que le droit à indemnisation de M. X , doit Œtre rØduit ou supprimØ en raison de la situation de cumul irrØgulier dans laquelle il se trouvait au regard des dispositions de l article 7 [du dØcret du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rØmunØrations et de fonctions], il rØsulte de l article 3 du mŒme dØcret qu est exclue de son champ d application la production des uvres artistiques ; que ces dispositions font, dŁs lors, obstacle à ce que puissent Œtre opposØes à M. X , qui exerçait l activitØ de musicien au sein de l orchestre philharmonique des Pays-de-Loire, les dispositions de l article 7 prØcitØ
(CE, 8 novembre 2000, M. X , n° 200835, Rec.)

Considørant qu antØrieurement à l entrØe en vigueur de la loi du 1er aoßt 2006, l agent public, auteur d une uvre, jouissait de droits de propriØtØ intellectuelle sur l uvre dont la crØation Øtait dØtachable du service ; qu il en Øtait ainsi, notamment, si cette uvre avait ØtØ faite en dehors du service et de toute commande du service ou si elle Øtait sans rapport direct avec les fonctions exercØes 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 intØgralitØ de son activitØ professionnelle aux tâches qui lui sont confiØes. Il ne peut exercer, à titre professionnel, une activitØ privØe lucrative de quelque nature que ce soit, sous rØserve des II à V du prØsent article . La circonstance qu une activitØ n ait pas comportØ effectivement de rØmunØration est sans incidence sur son caractŁre d activitØ privØe lucrative. Exercent une activitØ privØe à but lucratif tant l associØ d une sociØtØ commerciale mŒme si la sociØtØ n a pas dØgagØ de bØnØfices et ne lui a pas versØ de rØmunØration (CE, 3 novembre 1999, M. X , n° 185474, T.) que l administrateur d une sociØtØ anonyme qui poursuit un but lucratif mŒme s il n est pas rØmunØrØ à ce titre (CE, 15 dØcembre 2000, Ministre de l Øducation nationale c/ Mme X.., n° 148080, Rec.).

L agent qui mØconnait cette obligation s expose à des sanctions disciplinaires qui peuvent aller jusqu à la rØvocation ou la rØsiliation 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 activitØs 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 radiØ des cadres : il n y est pas soustrait du fait, par exemple, que l administration le place dans une situation irrØguliŁre (agent ayant exercØ une activitØ privØe pendant une pØriode au cours de laquelle l administration l a laissØ sans affectation : CE, 6 mars 2015, Centre hospitalier Henri GuØrin, n° 369857, T.).

Il existe toutefois diverses exceptions à l interdiction d exercer une activitØ privØe lucrative, prØvues aux II à V de l article 25 septies.

Il existe certaines dérogations soumises à l'autorisation préalable de l'autorité hiérarchique

Le II prØvoit ainsi une dØrogation de plein droit qui doit simplement faire l objet d une dØclaration à l autoritØ hiØrarchique :

- pour le dirigeant de sociØtØ ou d association recrutØ comme agent public, qui peut continuer temporairement son activitØ privØe ;

- pour les agents qui occupent un emploi permanent pour lequel la durØe du travail est inférieure ou Øgale à 70 % de la durØe lØgale ou rØglementaire du travail.

Mais la plupart des dØrogations doivent Œtre autorisØes par l administration. Un fonctionnaire peut ainsi demander à accomplir un service à temps partiel pour crØer ou reprendre une entreprise et exercer, à ce titre, une activitØ privØe lucrative (III de l art. 25 septies). Surtout, le fonctionnaire peut Œtre autorisØ par l autoritØ hiØrarchique dont il relŁve, à exercer à titre accessoire une activitØ, lucrative ou non, auprŁs d un organisme public ou privØ, dŁs lors que cette activitØ est compatible avec les fonctions qui lui sont confiØes et n affecte pas leur exercice (IV de l art. 25 septies). La liste des activitØs qui peuvent Œtre exercØes à ce titre est prØcisØe par l article 11 du dØcret n° 2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles dØontologiques dans la fonction publique. Le rØgime des cumuls d activitØ a donc ØtØ considØrablement assoupli par rapport à celui qui rØsultait du dØcret du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rØmunØrations et de fonctions. La jurisprudence rendue sous l empire de ce dØcret n est donc plus, dans bien des cas, d actualitØ.

Peuvent Œtre constitutives d une activitØ 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 activitØ principale, en sus des heures de travail normales, alors mŒme que ces tâches sont accomplies à la demande de l administration (CE, 30 novembre 1994, M. X , n° 145078, T. ; CE, 11 dØcembre 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, prØvoit, par dØrogation au principe posØ au I, que la production des uvres de l esprit s exerce librement. Le fonctionnaire peut donc par exemple, sans aucune autorisation ni dØclaration, produire des uvres scientifiques, littØraires ou artistiques, et percevoir, comme auteur, les droits attachØs à ces uvres.

Cette exception au principe de l interdiction du cumul d activitØs vaut lorsque la production des uvres est autonome mais aussi lorsque cette production intervient dans le cadre d une relation de subordination avec un autre employeur : abandonnant sa jurisprudence antØrieure (CE, 28 septembre 1988, Ministre de l Øducation nationale c/ M. X , n° 66781, Rec.), le Conseil d État a ainsi jugØ qu un agent recrutØ par une personne publique comme professeur de musique peut, en parallŁle, exercer comme musicien dans un orchestre philharmonique avec lequel il a passØ un contrat et percevoir à ce titre une rØmunØration (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 1er aoßt 2006 relative au droit d auteur et aux droits voisins dans la sociØtØ de l information, le rØgime du droit d auteur des fonctionnaires avait ØtØ prØcisØ par un avis de la section de l intØrieur du Conseil d État, rendu le 21 novembre 1972 à propos des Ømissions radiophoniques produites par des collaborateurs de l Office français des techniques modernes d Øduction (Avis n° 309721, dit Ofrateme , Les grands avis du Conseil d État, Dalloz, 1997, p. 111). Par cet avis, contraire à la rŁgle prØvalant dans le secteur privØ selon laquelle les droits d auteur naissent sur la tŒte du salariØ crØateur, le Conseil d État avait dØduit des nØcessitØs du service public l exigence que l administration soit investie des droits sur les uvres de l esprit, y compris des droits moraux, pour celles de ces uvres dont la crØation fait l objet mŒme du service ; les collaborateurs du service public ne conservant les droits de propriØtØ littØraire et artistique sur des uvres personnelles que dans la mesure oø leur crØation n est pas liØe au service ou s en dØtache . Cette position a ØtØ confirmØe et prØcisØe par une dØcision contentieuse ultØrieure qui a prØcisØ qu antØrieurement à l entrØe en vigueur de la loi n° 2006-961 du 1er aoßt 2006, l agent public auteur d une uvre jouissait de droits de propriØtØ intellectuelle sur l uvre dont la crØation Øtait dØtachable du service et qu il en Øtait ainsi, notamment, si cette uvre avait ØtØ faite en dehors du service et de toute commande du service ou si elle Øtait sans rapport direct avec les fonctions exercØes par l auteur au sein du service (CE, 15 octobre 2014, M. A ,B , n° 353168, T.). La Cour de cassation s Øtait ralliØe à cette solution (C. Cass., Civ. 1er, 1er mars 2005, Spedidam et Syndicat national des artistes musiciens c/ SociØtØ nØerlandaise DDB Needham The Way et autres, n° 02-10.903, Bull.).

Mais la loi n° 2006-961 du 1er aoßt 2006 est venue remettre en cause cette construction jurisprudentielle. Lactuel article L. 111-1 du code de la propriØtØ intellectuelle reconnaît à l auteur d une uvre de l esprit la jouissance, du seul fait

de sa crØation, d un droit de propriØtØ 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 prØcise expressØment, il n est pas dØrogØ lorsque l auteur est un agent public. L article L. 121-7-1 du mŒme code amØnage seulement, en pareil cas, les conditions d exercice du droit de divulgation et prive l auteur de la possibilitØ de s opposer à la modification de l uvre dŁs lors que cette modification est dØcidØe dans l intØrŒt du service par l autoritØ investie du pouvoir hiØrarchique et sous rØserve qu elle ne porte pas atteinte à l honneur ou à la rØputation de l intØressØ. Enfin, le droit d exploitation est, dans certains cas, transfØrØ de plein droit à l administration dans des conditions encadrØes par l article L. 131-3-1 du mŒme code.

Ce nouveau rØgime s applique aux uvres crØØes aprŁs son entrØe en vigueur. Pour les uvres antØrieures, la loi prØvoit une articulation entre l ancien et le nouveau rØgime[26].

Il faut enfin prØciser que l article 196 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d amØlioration de la qualitØ du droit a ØtØ lue comme crØant, par dØrogation aux principes gouvernant la responsabilitØ des personnes publiques, un bloc de compØtence judiciaire couvrant toutes les actions fondØes sur la mØconnaissance par ces derniŁres de droits en matiŁre de propriØtØ littØraire et artistique (TC, 7 juillet 2014, M. A i c/ Maison dØpartementale des personnes handicapØes de Meurthe-et-Moselle, n° 3954 et M. A c/ DØpartement de Meurthe-et-Moselle, n° 3955, Rec.).

26 En vertu de l article 50 de cette loi, les nouvelles rŁgles qu elle pose sont applicables, pour l avenir, aux uvres y compris anciennes ; en revanche toutes les questions affØrentes à l exploitation des uvres des agents publics au titre de la pØriode antØrieure à la publication de la loi, de mŒme que toutes les questions relatives aux modifications ou destructions d uvres intervenues avant la publication de la loi restent sous l empire de l ancien rØgime 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 responsabilitØ du service et la responsabilitØ de l agent peuvent se cumuler.

Les mots du juge

ConsidØrant qu il ressort des piŁces du dossier que si, en s Øcartant de son itinØraire normal pour des raisons indØpendantes de l intØrŒt du service, le sieur X a utilisØ le vØhicule de l État pour des fins diffØrentes de celles que comportait son affectation, l accident litigieux, survenu du fait d un vØhicule qui avait ØtØ confiØ à son conducteur pour l exØcution d un service public, ne saurait, dans les circonstances de l affaire, Œtre regardØ comme dØpourvu de tout lien avec le service ; qu il suit de là qu alors mŒme que la faute commise par le sieur X revŒtirait le caractŁre d une faute personnelle, le ministre n a pu valablement se prØvaloir de cette circonstance pour dØnier à la demoiselle Y tout droit à rØparation
(CE, Ass., 18 novembre 1949, Dlle Y , n° 91864, Rec.)

Commentaire

Les dommages causØs par l activitØ administrative peuvent ouvrir pour la victime un droit à rØparation des prØjudices 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 Øventuellement sur le fondement d un rØgime de responsabilitØ sans faute) ou elle pourra engager la responsabilitØ civile de l agent public pour sa faute personnelle devant le juge judiciaire (indØpendamment des consØquences pØnales et disciplinaires qu une faute commise par un agent public peut comporter).

Selon la cØlŁbre formule d Édouard Laferriere, il y a faute de service si l acte dommageable est impersonnel, s il rØvŁle un administrateur plus ou moins sujet à erreur , tandis qu il y a faute personnelle s il rØvŁle l homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences (conclusions prononcØes sous TC, 5 mai 1877, Laumonnier-Carriol, Rec. p. 437). Toutefois, la distinction entre ces deux catØgories de fautes n est pas absolue et les implications indemnitaires de cette distinction ne sont pas nØcessairement binaires. La jurisprudence a en effet admis, en fonction des circonstances dans lesquelles le dommage s est rØalisØ, que la responsabilitØ du service et la responsabilitØ 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 responsabilitØ de l administration. Ce sont des fautes qui mettent seulement en cause l organisation et le fonctionnement du service. Elles engagent la responsabilitØ de l administration en tant que personne morale, sans que la responsabilitØ 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 Œtre imputØes à l administration. Ce sont des fautes personnelles qui engagent la seule responsabilitØ civile de l agent devant la juridiction judiciaire.

En pratique, cette faute personnelle correspond à la faute dØpourvue de tout lien avec le service et à la faute d une particuliŁre gravitØ. Il y a ainsi faute personnelle lorsqu un

agent commet des actes rØprØhensibles alors qu il n est pas en service et agit à titre privØ : crime passionnel, altercation avec un voisin, accident de la route, etc. Il y a Øgalement faute personnelle lorsque l acte commis par l agent, mŒme dans le cadre du service, est d une gravitØ telle qu il ne peut Œtre rattachØ à l activitØ administrative : actes de violence, comportements malveillants, propos injurieux, etc. (TC, 19 mai 2014, Mme E B c/ M. D , n° 3939, Rec. ; CE, 30 dØcembre 2015, Commune de Roquebrune-sur-Argens, n° s 391800 et 391798 (deux dØcisions), T. ; Cass., Civ. 1re, 25 janvier 2017, n° 15-10852, Bull.).

Il convient de relever que toute faute pØnalement sanctionnØe n est pas nØcessairement une faute personnelle (TC, 14 janvier 1935, Sieur X , n° 00820, Rec.).

Il faut enfin noter que la notion de faute personnelle est utilisØe pour dØterminer si un agent public est en droit de bØnØficier de la protection fonctionnelle (CE, Sect., 26 avril 1963, Centre hospitalier de Besançon, n° 42783, Rec. ; CE, Sect., 8 juin 2011, M. FarrØ, n° 312700, Rec.) (cf. la fiche n° 23 Le droit à la protection fonctionnelle).

Dans certaines circonstances, la responsabilité du service et la responsabilité de l'agent peuvent se cumuler

Le cumul de responsabilitØ du service et de responsabilitØ de l agent peut rØsulter d un cumul de fautes (CE, 3 fØvrier 1911, Sieur X , n° 34922, Rec.). Un mŒme dommage trouve son origine à la fois dans une faute de service et une faute personnelle, la premiŁre ayant permis la seconde. C est un fonctionnement dØfectueux du service qui conduit à la rØalisation de la faute personnelle. Dans cette situation, oø les deux responsabilitØs se cumulent, la victime pourra poursuivre aussi bien l administration que son agent.

Le cumul de responsabilitØ du service et de responsabilitØ de l agent peut Øgalement rØsulter d une seule faute, qui est personnelle, mais dont la rØalisation est liØe au service (CE, 26 juillet 1918, Époux Y , n° 49595, Rec.). La faute personnelle a ØtØ commise à l occasion du service ou avec les moyens du service. N Øtant pas dØpourvue de tout lien avec le service, elle engage à la fois la responsabilitØ de l agent et celle de l administration. À partir d une faute unique, les deux responsabilitØs se cumulent et la victime pourra, dans cette hypothŁse Øgalement, poursuivre aussi bien l administration que son agent.

Par exemple, le conducteur d un vØhicule de l État a commis une faute personnelle en se dØtournant de son itinØraire normal pour rendre visite à sa famille et, à cette occasion, a endommagØ une maison par accident. La responsabilitØ de l État peut Œtre engagØe car la faute a ØtØ commise avec un vØhicule lui appartenant (CE, Ass., 18 novembre 1949, Dlle Y , n° 91864, Rec.).

La responsabilitØ du service peut Øgalement Œtre engagØe en cas de dØcŁs accidentel causØ par un agent manipulant son arme de service en dehors de l exercice de ses fonctions. C est une faute personnelle, mais elle est liØe 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 responsabilitØ de l administration (CE, 23 juin 1954, Dame veuve L , n° 17329, Rec.).

L administration ou l agent peuvent, s ils ont Øtø condamnØs alors que les responsabilitØs se cumulaient, se retourner l un contre l autre en exerçant des actions rØcursoires (cf. la fiche n° 34 Les actions rØcursoires de l agent et de son administration).

Afin de protØger les agents publics sans priver les tiers de la possibilitØ d obtenir rØparation, la loi n° 2018- 727 du 10 aoßt 2018 a modifiØ l article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 dont le II dispose dØsormais que : La responsabilitØ civile du fonctionnaire ne peut Œtre engagØe 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 dØtachable de l exercice de ses fonctions, la victime souhaitant obtenir rØparation doit donc rechercher la responsabilitØ de l administration, devant le juge administratif. Si, nØanmoins, le fonctionnaire a ØtØ poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d attribution n a pas ØtØ Ølevø, la collectivitØ publique doit le couvrir des condamnations civiles prononcØes contre lui.

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 judicaire 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…

ouqeb ie5-dan 0T Tf -aBDC BT -0.053 Tw 7 0 0 7 34.0157 255.2835 TmBDC 0.7 (e en)4.75(0 TcDC 0.iang (fr-FR)-12-2v

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 réglementaires[32]. 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

« ConsidØrant que, par l'effet de la bonification d'anciennetØ qui leur a ØtØ accordØe par les dispositions de l'article 19 du dØcret du 1er septembre 1989 modifiØ par le dØcret du 8 janvier 2002, et compte tenu des dispositions combinØes des articles 12 et 13 du mŒme dØcret relatives à la conservation de l'anciennetØ lors de l'accŁs au grade supØrieur, certains membres du corps, classØs au 31 dØcembre 2001 au quatriŁme Øchelon de l'ancien grade de sage-femme et reclassØs à compter du 1er janvier 2002 au quatriŁme Øchelon du nouveau grade de sage-femme de classe normale, ont pu ensuite accØder au grade de sage-femme de classe supØrieure avec une anciennetØ conservØe supØrieure à celle de leurs collŁgues qui, classØs initialement au cinquiŁme Øchelon de l'ancien grade de sage-femme, avaient ØtØ reclassØs au premier Øchelon du grade de sage-femme de classe supØrieure, cette anciennetØ conservØe leur permettant d'accØder plus rapidement aux Øchelons supØrieurs ; qu'en jugeant qu'aucune circonstance exceptionnelle ne justifiait, dans l'intØrŒt du service, cette inversion de l'ordre d'anciennetØ et en en dØduisant qu'il Øtait ainsi portØ une atteinte illØgale au principe de l'Øgalitø de traitement des fonctionnaires d'un mŒme corps, le tribunal administratif n'a pas commis d'erreur de droit. »
(CE, 29 avril 2015, Hôpitaux de Saint-Maurice n° 365 428, InØdit)

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.