

IGPDE – Préparation au concours de l'INSP – Droit public

Séance 13

La fonction publique

I. Les agents publics et les fonctionnaires : définitions

I.A. Les fonctionnaires relevant du statut général de la fonction publique

- ◆ CÉ, 1903, *Lot*
- ◆ Art. R. 431-1 CJA

I.A.1. Le statut général et les statuts particuliers

- ◆ **Art. 34 de la Constitution**
- ◆ Ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires
- ◆ Statut général de la fonction publique (SGFP) de 1983-1986 :
 - **Loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires**
 - Loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État
 - Loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale
 - Loi du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière

Quelques exemples de dispositions spécifiques :

- ◆ Partie législative du CJA
- ◆ Partie législative du code des juridictions financières
- ◆ Titre V du livre IX du code de l'éducation

I.B. Les emplois sous statut de la fonction publique ne relevant pas du statut général

Magistrats de l'ordre judiciaire

- ◆ Ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature

- ◆ **Article 64 de la Constitution**

Fonctionnaires des assemblées parlementaires

- ◆ Art. 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires

Militaires

- ◆ Livre I^{er} de la quatrième partie du code de la défense
- ◆ Décret du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail dans la fonction publique, art. 5-6
- ◆ **Art. L. 4111-1 du code de la défense**

Personnels de la direction générale de la sécurité extérieure

- ◆ Art. 2 de la loi du 3 février 1953

I.C. Les agents publics non titulaires

- ◆ Décret du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État

Dispositions relatives au recours contre les contrats de ces agents

- ◆ CÉ, 1998, *Ville de Lisieux*
- ◆ **CÉ, 2014, *Tarn et Garonne***
- ◆ CÉ, 2015, *Castronovo c. Commune d'Aix-en-Provence*

I.D. Le code général de la fonction publique

- ◆ Ordonnance n° 2021-1574 du 24 novembre 2021 portant partie législative du code général de la fonction publique
- ◆ **Code général de la fonction publique, art. L. 1 à L. 9**

II. La gestion des fonctionnaires

II.A. La distinction entre le statut et l'emploi

- ◆ CÉ, 2002, *Guisset*

- ◆ CÉ, 1985, *Syndicat CFDT des personnels des services publics parisiens*
- ◆ CÉ, 1961, *Barbaro*

II.A.1. Les positions du fonctionnaire

II.A.2. La rémunération du fonctionnaire

II.A.3. Quelques règles particulières de gestion applicables à certaines catégories d'agents

Sur les stagiaires

Les fonctionnaires, après leur recrutement, réalisent un stage pendant lequel leurs aptitudes sont vérifiées. Ce stage peut comprendre une période de formation obligatoire. Les fonctionnaires stagiaires peuvent être, en fin de période de stage, titularisés, renouvelés, ou au contraire ne pas être révoqués, auquel cas ils sont radiés des cadres. La titularisation du stagiaire n'est jamais un droit (CÉ, 1963, *M^{lle} Turin*). Le stagiaire bénéficie d'un droit à réaliser sa période probatoire, de sorte que son éventuel licenciement anticipé est encadré et soumis au plein contrôle du juge (CÉ, 1987, *Hôpital Saint-Jacques de Dieuze*).

Sur la nomination d'agents contractuels

Le droit de la fonction publique a connu de nombreuses évolutions quant à la possibilité laissée ou non à l'administration de recruter des agents contractuels. Ainsi, par exemple, la loi du 12 mars 2012, dite « loi Sauvadet »¹ facilite les titularisations, tandis qu'au contraire la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique étend les possibilités de recours à des agents contractuels, en particulier pour l'encadrement supérieur de la fonction publique.

Le recours à des agents contractuels ne constitue, au regard de l'histoire, pas une innovation : les agents sous statut ont, jusqu'au milieu du xx^e siècle, été minoritaires ; le recours aux agents contractuels a ensuite diminué pendant la deuxième moitié du siècle pour atteindre un point bas au début des années 2000², sous l'empire de dispositions faisant du recours aux fonctionnaires la norme et du recours aux contractuels l'exception.

¹ LOI n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

² Cour des comptes, *les agents contractuels de la fonction publique*, septembre 2020, p. 23-25.

Ainsi, selon le principe dégagé par l'article L. 311-1 du code général de la fonction publique (CGFP), « *les emplois civils permanents de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont occupés soit par des fonctionnaires régis par [le CGFP], soit par des fonctionnaires des assemblées parlementaires, des magistrats de l'ordre judiciaire ou des militaires dans les conditions prévues par leur statut* ». Les dérogations à ce principe voient toutefois leur nombre augmenter, sans cohérence manifeste. Ainsi, le recours à un agent contractuel est ouvert dans le cas où une procédure de recrutement est sans succès, où il n'existe pas de corps correspondant à l'emploi, où l'emploi est à temps partiel inférieur à 70 %, où il s'agit de remplacer un agent, ou encore pour les emplois dans les communes et leurs groupements de petite taille. Les emplois à discrétion du Gouvernement sont, par nature, ouverts aux agents contractuels (art. L. 341-2 du CGFP). Depuis 2020, les emplois de direction de l'État sont également ouverts aux agents contractuels (art. L. 342-2 du CGFP). Il en va de même pour les emplois d'encadrement supérieur de la fonction publique territoriale. L'accès à ces emplois n'entraîne pas titularisation.

Sur les emplois supérieurs

L'arrêt du Conseil d'État de 1953, *Teissier*, reconnaît un principe de révocabilité *ad nutum*³ pour certains des plus hauts fonctionnaires : pour ceux-ci, dans le silence de la loi, aucun principe général du droit ne fait obstacle à leur révocation. La loi est par la suite venue préciser l'application de ce principe. L'article L. 341-1 renvoie à un décret en Conseil d'État la fixation de la liste des emplois laissés « à la discrétion du Gouvernement », et donc également révocables à sa discrétion. La liste est fixée par un décret n° 85-779 du 24 juillet 1985. Elle inclut notamment les directeurs d'administration centrale et assimilés placés sous l'autorité directe des ministres, le secrétaire général du Gouvernement et le secrétaire général à la défense et la sécurité nationale, les délégués interministériels, les chefs de missions diplomatiques et de postes consulaires, les préfets et les recteurs. Cependant, cette nomination n'est pas affranchie de toute contrainte : par exemple, l'article R.* 222-13 du code de l'éducation plafonne le nombre de recteurs pouvant être nommés bien que n'étant pas titulaires d'une habilitation à diriger des recherches (HDR).

³ En latin : « sur un signe de tête ».

Au contraire, pour certains emplois supérieurs, bien que la nomination intervienne explicitement par décret en conseil des ministres ou par décret du président de la République, la loi ou des décrets encadrent les nominations, notamment dans le but de garantir l'indépendance de certaines fonctions. Ainsi, par exemple, l'article L. 120-1 rend les membres du corps de la Cour des comptes inamovibles ; l'article 7 du décret du 9 mars 2022 relatif aux services d'inspection générale interdit de mettre fin de manière anticipée aux fonctions d'un chef de service d'inspection générale ou de contrôle, sinon « *sur sa demande ou en cas d'empêchement ou de manquement à ses obligations déontologiques* ». Notez que les premiers sont protégés par la loi, les seconds par un décret en Conseil d'État.

III. La situation particulière des agents contractuels de droit public et l'identification des agents publics

III.A. Le principe : est un agent contractuel de droit public l'agent employé par une personne publique et travaillant pour le compte d'un service public administratif

III.A.1. Une condition préliminaire : l'agent public est employé par une personne publique

- ◆ CÉ, 1989, *Marty*
- ◆ TC, 1996, *Préfet du Lot-et-Garonne*

III.A.2. Dans un service public industriel et commercial (SPIC), seuls le directeur et l'agent comptable ont la qualité d'agent public

- ◆ TC, 1923, *de Robert Lafregeyre*
- ◆ CÉ, 1957, *Jalenques de Labeau*
- ◆ TC, 1983, *Beck*
- ◆ TC, 2016, *Masson c. OPH Moselis*
- ◆ TC, 1968, *Époux Barbier*

III.A.3. Dans un service public administratif (SPA), tous les agents sont désormais reconnus comme agents publics

- ◆ CÉ, 1954, *Vingtain*
- ◆ TC, 1963, *Dame Veuve Mazerand*

- ◆ **TC, 1996, préfet de la région Rhône-Alpes c. conseil de prud'hommes de Lyon (affaire Berkani)**

III.B. Cas limites et dérogations

III.B.1. Les cas limites

- ◆ CÉ, 1959, *Abadie*
- ◆ CÉ, 1970, *M^{me} Conqui*

III.B.2. Les agents publics ou de droit privé par détermination de la loi

- ◆ Art. L. 5312-9 du code du travail
- ◆ **TC, 1982, *Blanchenoix***

III.B.3. La difficulté liées aux changements de nature des employeurs

- ◆ CÉ, 1965, *L'Herbier*
- ◆ TC, 2004, *M^{me} Devun*

- ◆ Art. L. 1224-3 du code du travail
- ◆ Loi du 6 août 2019 portant transformation de la fonction publique
- ◆ Art. L. 441-1 sq du CGFP

III.B.4. Des incertitudes sur la jurisprudence Berkani ?

L'arrêt Berkani présente l'inconvénient de faire dépendre la qualification uniquement de la nature de l'employeur et non de la nature des fonctions exercées par les agents, et conduit à des requalifications des contrats du seul fait d'un changement de la nature administrative ou industrielle et commerciale d'un établissement. Or, la nature du contrat a des conséquences sur l'application ou non de conventions collectives et sur le régime de sécurité sociale applicable. Cela a pu conduire à des écarts à l'application stricte de la jurisprudence, comme l'illustre le cas de l'office de l'environnement de Corse (OEC).

L'OEC est un établissement public de la collectivité territoriale de la Corse disposant d'un statut particulier. Il est qualifié par ses statuts, lesquels sont de niveau réglementaire, d'établissement public industriel et commercial (ÉPIC). En conséquence, les agents sont employés sous des contrats de droit privé. Cependant, cette qualification d'ÉPIC ne correspond pas à la réalité de l'activité et de la gestion de l'OEC : ses ressources sont essentiellement des subventions, et le statut de son personnel est proche de celui de la fonction publique territoriale par de nombreux aspects. La chambre régionale des comptes de Bastia a constaté en 2019⁴ que la qualification d'ÉPIC était entièrement artificielle, et qu'elle avait notamment pour effet de sortir les agents du régime des agents publics, ce qui présente notamment des conséquences sur leurs modalités d'avancement et de rémunération. Son rapport présente l'ensemble des conséquences de gestion qu'aurait la requalification des contrats de travail des agents en contrat de droit public.

La cour administrative d'appel (CAA) de Marseille, dans une décision du 2 avril 2019, *Office de l'environnement de la Corse*, devenue définitive, a requalifié l'OEC en établissement public administratif (ÉPA).

L'établissement a par ailleurs traversé des conflits sociaux conduisant à de nombreuses procédures, pour lesquelles s'est posée la question de la compétence des ordres de juridiction. En principe, de la requalification en ÉPA, devrait suivre l'incompétence du juge judiciaire. L'autorité judiciaire n'a pas contesté la nature administrative de l'OEC, notamment dans trois décisions d'appel rendues par la cour d'appel (CA) de Bastia le 17 février 2021, le 20 octobre 2021 et le 15 novembre 2023.

Toutefois, ni la CAA de Marseille, ni la CA de Bastia n'ont tiré l'ensemble des conséquences de l'arrêt *Berkani*. Ainsi, de façon surprenante, la CAA de Marseille juge que l'OEC, « *en dépit de sa qualification d'établissement public industriel et commercial par ses statuts, a de façon prépondérante un caractère administratif compte tenu de ses missions, de ses ressources et de son organisation et que ses agents, à l'exception de ceux d'entre eux qui ne participent pas à l'exécution du service public administratif, ont la qualité d'agents publics* ». L'OEC ne répond manifestement pas à la qualification d'établissement « à double visage » permettant l'application de la jurisprudence *Abadie*. En conséquence, l'incise « *à l'exception de ceux d'entre eux qui ne participent pas à l'exécution du service public administratif* » déroge au principe *Berkani*.

⁴ Chambre régionale des comptes de Corse, rapport d'observations définitives, *Office de l'environnement de la Corse (OEC)*, octobre 2019, p. 86 sq.

Les deux juridictions, dans les trois arrêts précités, vérifient alors si les fonctions des agents les conduisaient à participer ou non à l'exécution du SPA, mais selon des raisonnements qui diffèrent :

- ◆ s'agissant de l'arrêt de la CAA de Marseille, le juge déduit du fait que l'agent en cause exerçait les fonctions de chef du département des ressources humaines et du contrôle de gestion qu'il participait directement à l'exécution du SPA. Il en déduit donc sa compétence ;
- ◆ dans l'arrêt du 17 février 2021, la CA de Bastia relève que le salarié en cause était responsable d'une unité « ressources humaines et moyens généraux », qu'il occupait des fonctions support ne l'amenant pas à réaliser les missions de l'OEC (gestion, animation et promotion du patrimoine de la Corse) et n'accomplissait aucun acte manifestant l'exercice de prérogatives de puissance publique, d'où la compétence du juge judiciaire ;
- ◆ dans l'arrêt du 20 octobre 2021, à l'inverse, la cour estime que l'agent en cause « *au travers de ses attributions à caractère strictement scientifique et de ses missions de police, participe directement à la protection, la mise en valeur, la gestion, l'animation et la promotion du patrimoine environnemental de la Corse, et accomplit des actes manifestant l'exercice de prérogatives de puissance publique. [Elle] doit en conséquence être considérée comme un agent de droit public exerçant une mission de service public et accomplissant des actes relevant de prérogatives de puissance publique* ». De cela, la CA déduit son incompetence au profit du juge administratif ;
- ◆ enfin, dans l'arrêt du 15 novembre 2023, la cour d'appel estime nécessaire d'examiner la nature des fonctions exercées par l'agent et constate que celles-ci étaient « *toujours en lien direct avec les missions d'intérêt général relevant de la compétence de son employeur* » pour en déduire la compétence du juge administratif.

Trois des décisions (CAA Marseille et CA Bastia du 20 octobre 2021 et du 15 novembre 2023) aboutissent à la même solution qu'une application du principe *Berkani*, quoiqu'au prix de raisonnements distincts. La décision de la CA de Bastia du 20 octobre 2021 a été confirmée par la Cour de cassation. Cependant, le moyen de l'appelante ne portait pas sur l'application du principe *Berkani*, mais sur la qualification de l'office de l'environnement d'ÉPA, que la Cour confirme ; celle-ci ne se prononce donc pas sur la validité du raisonnement.

La décision du 17 février 2021 est en revanche plus choquante. En effet, la cour d'appel aboutit à une solution différente de celle qu'aurait commandé le principe *Berkani*. Elle livre par ailleurs une appréciation différente de la CAA de Marseille quant au fait que les agents chargés de fonctions support participent ou non à l'exécution directe du service. Cette décision semble n'avoir pas avoir fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

Aussi, aucune des juridictions faïtières ne s'est prononcée sur la validité du raisonnement de la CAA de Marseille ni sur celui de la CA de Bastia. Le tribunal des conflits n'a en outre pas été saisi. Il est donc trop tôt pour en déduire un éventuel inflexionnement de la jurisprudence *Berkani*. Toutefois, le choix de ces décisions de prendre en compte des critères de participation directe à l'exécution du service public ou de détention de prérogatives de puissance publique n'est pas un cas isolé ni une simple maladresse de rédaction⁵, puisqu'il est répété.

Cette affaire illustre surtout les limites d'une présentation du droit comme un « jardin à la française » : même une fois une jurisprudence en principe stabilisée, il peut subsister des dérogations, qui ne donneront pas systématiquement lieu à pourvoi en cassation pour unifier la jurisprudence.

IV. Quelques protections des fonctionnaires fondées sur le principe d'égalité

- ◆ **CÉ, 1950, Dehaene**
- ◆ Articles L. 121-1 sq du CGFP

- ◆ **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 :**
 - **article 1^{er}**
 - **article 6 : « Tous les citoyens étant égaux [aux yeux de la loi] sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».**

IV.A. La liberté d'opinion, ou le principe d'égalité entre les agents sans distinction de leur opinion

- ◆ **CÉ, 1953, Teissier**
- ◆ **CÉ, 1954, Barel**

IV.B. La reconnaissance des droits sociaux des agents non titulaires, inspirée par le principe d'égalité

- ◆ **CÉ, 1973, Dame Peynet**

⁵ Ainsi qu'avaient pu le suggérer des commentateurs de la décision de 2019 de la CAA de Marseille. Voir par exemple Sophie Soykurt, « Qualification d'agent public : une remise en cause de la jurisprudence Berkani ? », 30 avril 2019, *La Gazette des communes*,

<https://www.lagazettedescommunes.com/619839/qualification-dagent-public-une-remise-en-cause-de-la-jurisprudence-berkani/>

- ◆ CÉ, 1982, *Ville de Toulouse*
- ◆ CÉ, 1988, *Billard*
- ◆ CÉ, 2000, *Mme Brodbeck*

IV.C. La trop lente convergence des règles applicables aux hommes et aux femmes

- ◆ **Préambule de la constitution du 27 octobre 1946** : « *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme.* »
- ◆ **CÉ, 1936, D^{elle} Bobard**, conclusions Robert Latournerie
- ◆ CÉ, 1956, *Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies*
- ◆ CJCE, 30 juin 1988, *Commission c. France*
- ◆ CÉ, 1998, *M^{elle} Aldige*
- ◆ Article 56 de la loi du 12 mars 2012 relative à l'emploi titulaire
- ◆ **Article 1^{er} de la constitution du 4 octobre 1958, modifié par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008**

Bibliographie spécifique à la séance

- ◆ Frédéric Edel, « *Deux siècles de principe d'égale admissibilité aux emplois publics* », *Revue française d'administration publique*, 2012⁶
- ◆ Jean-Marc Sauvé (vice-président du Conseil d'État), discours « *Quelle déontologie pour les hauts fonctionnaires* », 25 avril 2013⁷
- ◆ M. Long et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, commentaires des arrêts suivants :
 - 26 janvier 1923, de *Robert Lafreygere* ;
 - 3 juillet 1936, *Demoiselle Bobard* ;
 - 7 juillet 1950, *Dehaene* ;
 - 13 mars 1953, *Teissier* ;
 - 28 mai 1954, *Barel*.

⁶ <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2012-2-page-339.htm>

⁷ <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/quelle-deontologie-pour-les-hauts-fonctionnaires>