

**LES
CARRÉS**

17^e édition

L'essentiel du **DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE**

Emmanuel Aubin-Kanezuka

 *Gualino* un savoir-faire de  Lextenso

17^e édition

L'essentiel

du

DROIT DE LA FONCTION PUBLIQUE

Emmanuel Aubin-Kanezuka

 *Gualino* un savoir-faire de
 Lextenso

LES CARRÉS



Cette collection de livres présente de manière synthétique, rigoureuse et pratique l'ensemble des connaissances que l'étudiant doit posséder sur le sujet traité. Elle couvre :

- le Droit et la Science Politique,
- les Sciences économiques,
- les Sciences de gestion,
- les concours de la Fonction publique.

Emmanuel Aubin-Kanezuka est Professeur agrégé de droit public à l'Université de Tours où il assure le cours de droit de la fonction publique. Il assure également des formations de cadres supérieurs de l'État et des collectivités territoriales.

Du même auteur, chez Lextenso

Gualino

Collection « Mémentos »

- Droit de l'aide et de l'action sociales, 3^e éd. 2023.

Collection « Les Carrés Rouge »

- L'essentiel du Droit des politiques sociales, 14^e éd. 2023.
- L'essentiel du Droit de la fonction publique, 17^e éd. 2023.

Collection « Fonction publique »

- La déontologie dans la fonction publique, 2^e éd. 2019.
- Les personnels de la fonction publique, 1^{re} éd. 2020.
- Le droit disciplinaire dans la fonction publique, 1^{re} éd., 2021 (avec N. Nivert).

LGDJ

Collection « Précis Domat »

- Droit de la fonction publique, 1^{re} éd. 2023.



© 2023, Gualino, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
EAN 9782297221757
ISSN 1288-8206
Collection Les Carrés Rouge

Suivez-nous sur



www.gualino.fr

Contactez-nous gualino@lextenso.fr

PRÉSENTATION

Le droit de la fonction publique, issu de la jurisprudence, de textes épars puis du statut général de 1946 et enfin celui du début des années 1980, a pour objet l'étude du droit commun aux trois fonctions publiques (État, collectivités territoriales, établissements publics hospitaliers et médico-sociaux) à travers l'exposé synthétique de la jurisprudence pertinente et des normes constitutionnelles, européennes, législatives et réglementaires applicables aux plus de 5,7 millions de fonctionnaires et agents publics contractuels (soit un total de 20 % de la population active) employés en 2023-2024 par plusieurs dizaines de milliers de personnes publiques.

La fonction publique a fait l'objet de dix réformes ces vingt dernières années qui ont eu pour effet de la transformer pour répondre notamment aux exigences de la gestion des ressources humaines et des mutations de l'action publique. 2023 a été marquée par une transformation importante de l'organisation de la fonction publique avec la mise en place de l'INSP, le remplacement des grands corps par des fonctions d'encadrement supérieur, la première année d'application du Code général de la fonction publique dont le contenu parfois problématique est une source d'insécurité juridique en l'absence de partie réglementaire alors même qu'il est supposé renforcer la lisibilité du droit de la fonction publique.

Cet ouvrage s'adresse aux étudiants en licence et master Droit, AES ainsi qu'aux étudiants des Instituts d'études politiques, aux candidats aux différents concours (A+, A et B), aux agents en poste et aux gestionnaires de personnels souhaitant avoir accès rapidement au droit en vigueur. Il intègre les apports des normes les plus récentes dont la loi n° 2023-270 du 14 avril 2023 (réformant les retraites) et la loi n° 2023-623 du 19 juillet 2023 visant à renforcer l'accès des femmes aux responsabilités dans la fonction publique ainsi que les décisions juridictionnelles les plus importantes permettant au lecteur de comprendre les enjeux du droit de la fonction publique.

PLAN DE COURS

Présentation	3
Introduction – Les tendances du droit de la fonction publique	13
<i>1 – La « travaillisation » du droit de la fonction publique</i>	<i>14</i>
<i>2 – La constitutionnalisation du droit de la fonction publique</i>	<i>16</i>
<i>3 – L’européanisation du droit de la fonction publique</i>	<i>19</i>
<i>4 – La transformation de la fonction publique au <i>xxi</i>^e siècle</i>	<i>21</i>

PARTIE 1

Les personnels de la fonction publique

Chapitre 1 – Les fonctionnaires	25
<i>1 – L’existence de trois fonctions publiques</i>	<i>25</i>
<i>2 – Les statuts applicables aux fonctionnaires</i>	<i>27</i>
■ <i>L’évanescence depuis le 1^{er} mars 2022 du statut au contact du Code général de la fonction publique</i>	<i>27</i>

■ <i>Les statuts autonomes</i>	27
■ <i>Les statuts spéciaux et les statuts spéciaux innomés</i>	28
■ <i>Les statuts particuliers</i>	29
■ <i>Les statuts d'emploi</i>	30
3 – Les corps et cadres d'emplois	31
■ <i>Les corps d'emplois dans les fonctions publiques de l'État et des hôpitaux</i>	31
■ <i>Les cadres d'emplois dans la fonction publique territoriale</i>	32
4 – Les fonctionnaires, des agents titulaires d'un grade nommés sur un emploi permanent	32
5 – Les stagiaires, des agents publics nommés en phase de titularisation	35
■ <i>Des agents en période probatoire et provisoire</i>	35
■ <i>Le licenciement et la non-titularisation des stagiaires</i>	36
Chapitre 2 – Les agents recrutés par contrat dans les services publics	39
1 – Le régime juridique applicable aux agents contractuels recrutés dans les SPA	40
■ <i>L'identification des agents contractuels de droit public et la responsabilité de l'Administration</i>	40
■ <i>Les droits des agents publics contractuels</i>	41
a) <i>Les conditions de recrutement et de licenciement des agents contractuels</i>	41
b) <i>La protection issue de la jurisprudence</i>	44
■ <i>La durée des contrats</i>	44
a) <i>Le principe : une durée déterminée expressément renouvelable</i>	44
b) <i>La tendance favorable à la cédésation des contrats d'emploi dans la fonction publique</i>	46
■ <i>La situation atypique des bénéficiaires de contrats de projet et de Pacte</i>	49

2 – Les exceptions législatives : les contrats de droit privé dans le secteur public	50
■ <i>L'accordéon des contrats aidés</i>	50
■ <i>Le recours conditionné aux intérimaires et la reprise de salariés par une personne publique</i>	51
3 – La situation juridique des agents contractuels des SPIC	52

PARTIE 2

Le recrutement et la carrière des fonctionnaires

Chapitre 3 – L'accès à la fonction publique	55
1 – Les conditions d'accès aux emplois publics	55
■ <i>La condition de nationalité et son aménagement</i>	56
a) <i>La clause de souveraineté opposable aux ressortissants de pays de l'UE et de l'EEE</i>	56
b) <i>L'accès des ressortissants des pays de l'UE non nationaux en cours de carrière</i>	57
■ <i>La jouissance des droits civiques</i>	58
■ <i>L'absence d'incompatibilité pénale</i>	59
■ <i>L'aptitude physique et l'accès des personnes handicapées aux emplois publics</i>	60
2 – Le principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics	62
■ <i>Le principe : l'interdiction des discriminations subjectives</i>	62
■ <i>L'encadrement des exceptions justifiées par la logique de la discrimination positive</i>	63

Chapitre 4 – Le recrutement dans la fonction publique	65
1 – Le concours : procédé de recrutement de droit commun	65
■ <i>La professionnalisation des concours</i>	66
■ <i>L'admission à concourir</i>	66
■ <i>Typologie et organisation des concours</i>	67
■ <i>Le régime juridique des concours</i>	70
2 – Les exceptions au principe du concours	72
■ <i>Les examens professionnels et les sélections professionnelles</i>	72
■ <i>La nomination au tour extérieur</i>	73
■ <i>Les emplois à la décision du gouvernement et les emplois fonctionnels territoriaux</i>	74
■ <i>Les emplois de direction des trois fonctions publiques depuis la loi du 6 août 2019</i>	77
■ <i>La constitution d'un nouveau corps</i>	78
Chapitre 5 – La carrière des fonctionnaires	79
1 – La distinction du grade et de l'emploi et la contestation des actes relatifs au déroulement de la carrière	79
■ <i>La distinction du grade et de l'emploi</i>	80
■ <i>La contestation des décisions relatives au déroulement de la carrière</i>	81
2 – L'avancement et la promotion interne	82
■ <i>La notation et l'avancement</i>	82
a) <i>Notation, évaluation et appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires</i>	82
b) <i>L'avancement du fonctionnaire</i>	83
■ <i>La promotion interne</i>	84
3 – L'activité et la mobilité dans les fonctions publiques	85
■ <i>La position d'activité et les garanties des fonctionnaires quant à leur affectation</i>	86
■ <i>L'aménagement et la réduction du temps de travail dans la fonction publique</i>	87

- *La mobilité intra et inter fonctions publiques* 91
- *Les différentes positions statutaires des fonctionnaires* 92

Chapitre 6 – La sortie de la fonction publique **97**

- 1 – Les causes de la cessation définitive des fonctions** **97**
 - *La sortie normale de la fonction publique* 97
 - *La sortie anticipée* 98
- 2 – Le contentieux de l'éviction des fonctionnaires** **102**
 - *L'obligation de réintégration du fonctionnaire illégalement évincé* 102
 - *L'obligation de reconstitution de la carrière* 103
 - *L'obligation d'indemnisation du fonctionnaire illégalement évincé* 104

PARTIE 3

Les droits et libertés des fonctionnaires et leurs contreparties déontologiques

Chapitre 7 – Les droits professionnels des fonctionnaires **107**

- 1 – Les droits pécuniaires** **107**
 - *Le traitement et les régimes indemnitaires* 107
 - a) *La rémunération principale de l'agent* 107
 - b) *Le régime indemnitaire : des acronymes (RIFSEEP et PPCR) et du mérite dans la fonction publique* 111
 - *Le droit des pensions civiles et militaires de retraite* 113
 - *L'indemnisation de l'agent public malade, blessé, accidenté ou décédé en service* 117
- 2 – Les droits fonctionnels** **121**
 - *Le droit à un déroulement personnel de la carrière* 121
 - *La formation continue* 122
 - *Le droit à la protection fonctionnelle* 123

- *La protection contre le harcèlement moral et/ou sexuel* 126
 - a) *La lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes* 126
 - b) *La lutte contre le harcèlement moral* 128

Chapitre 8 – Les libertés publiques et individuelles des fonctionnaires **131**

1 – Les libertés du fonctionnaire-employé **131**

- *Le droit de grève et le droit de retrait* 131
- *La liberté de groupement et le droit syndical* 134
- *Le droit de participation et le dialogue social dans la fonction publique : le nouveau discours de la méthode* 136

2 – Les libertés du fonctionnaire-citoyen **138**

- *La liberté d'opinion* 138
- *La liberté d'expression et ses limites* 139

Chapitre 9 – Les obligations déontologiques des fonctionnaires **141**

1 – Les obligations déontologiques liées à la fonction **142**

- *L'obligation générale de servir et ses implications déontologiques* 142
 - a) *Le contrôle déontologique du respect du principe de non-cumul d'activités et de rémunérations* 142
 - b) *Le rôle de la HATVP dans les contrôles déontologiques* 143
- *Le devoir d'obéissance et ses limites* 144

2 – Les obligations déontologiques liées à la « morale » professionnelle **146**

- *L'obligation de neutralité* 146
- *L'obligation de réserve et de retenue* 148
- *L'obligation de loyauté et de probité et le devoir de mettre fin à un conflit d'intérêts* 150
- *L'obligation de discrétion professionnelle et le secret professionnel* 152
- *L'obligation de moralité, le devoir d'exemplarité et le respect de la dignité* 153

PARTIE 4

Le droit disciplinaire applicable aux fonctionnaires

Chapitre 10 – Le régime disciplinaire applicable aux fonctionnaires	157
<i>1 – Les garanties disciplinaires et juridictionnelles des fonctionnaires</i>	<i>157</i>
■ <i>La suspension préalable du fonctionnaire</i>	158
■ <i>La procédure disciplinaire</i>	160
<i>2 – La typologie et le régime juridique des sanctions disciplinaires</i>	<i>162</i>
■ <i>Le panel des sanctions disciplinaires dans le CGFP</i>	163
■ <i>Le régime juridique des sanctions disciplinaires</i>	164
Chapitre 11 – Le contrôle juridictionnel de la répression disciplinaire	167
<i>1 – L'évolution du contrôle du juge sur l'adéquation de la sanction à la gravité de la faute</i>	<i>167</i>
<i>2 – L'applicabilité de l'article 6, § 1 de la Conv. EDH au droit disciplinaire de la fonction publique</i>	<i>170</i>
Bibliographie	173

Liste des principales abréviations utilisées

AFA	Agence française anticorruption
ARTT	Aménagement et réduction du temps de travail
CCFP	Conseil commun de la fonction publique
CDD	Contrat à durée déterminée
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CDI	Contrat à durée indéterminée
CGFP	Code général de la fonction publique
CIGeM	Corps interministériel à gestion ministérielle
CNFPT	Centre national de la fonction publique territoriale
CPA	Compte personnel d'activité
D.	Décret
DDHC	Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen
DGAFP	Direction générale de l'Administration et de la Fonction publique
ENM	École nationale de la magistrature
EPCI	Établissement public de coopération intercommunale
EPIC	Établissement public industriel et commercial
FPE	Fonction publique d'État
FPH	Fonction publique hospitalière
FPT	Fonction publique territoriale
GRH	Gestion des ressources humaines
HATVP	Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique
IDV	Indemnité de départ volontaire
INSP	Institut National du Service Public
L.	Loi
NBI	Nouvelle bonification indiciaire
Ord.	Ordonnance
PGD	Principe général du droit
PPCR	Protocole relatif à la modernisation des parcours professionnels, des carrières et des rémunérations
Rapp.	Rapport
RIFSEEP	Régime indemnitaire Fonction, Sujétions, Expertise et Engagement Professionnel
SFT	Supplément familial de traitement
SG	Statut général de la fonction publique
SPA	Service public administratif
SPIC	Service public industriel et commercial
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

Introduction

Les tendances du droit de la fonction publique

La fonction publique a connu une révolution juridique au fil des réformes législatives depuis 2001 mais sans grand soir, de façon silencieuse et sans « fixer de cap » (rapp. Pêcheur, oct. 2013). Le statut général a été bousculé par des contraintes notamment financières qui rejaillissent sur la gestion des personnels et sanitaires ainsi que l'ont illustré les conséquences de la Covid-19 sur la gestion de certains services publics. Elle a également connu une importante réforme du cadre déontologique des fonctions publiques avec la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique (TFP) qui s'inscrit, par ailleurs, dans une tendance désormais bien ancrée consacrant un fonctionnement plus managérial et moins statutaire de la fonction publique, transforme les pratiques de gestion des personnels et généralise le recours au contrat d'emploi dans les administrations. Le Code général de la fonction publique (CGFP) applicable depuis le 1^{er} mars 2022 symbolise et parachève cette « managérialisation » de l'emploi public.

Si les bases statutaires demeurent, l'évolution législative de la fonction publique ces dernières années tend néanmoins à revenir sur le compromis de 1946 en consacrant une conception plus fonctionnelle de l'emploi public illustrée par la suppression par l'ordonnance du 2 juin 2021 (CE, 19 juill. 2022, n° 453971) de l'historique ordonnance de 1945 relative à la création de l'ENA et la mise en extinction des grands corps de l'État depuis janvier 2023. Au-delà des tendances affectant les sources du droit de la fonction publique, on constate une volonté récurrente de moderniser l'emploi public en assouplissant le carcan statutaire, en adoptant une approche métier et en mettant en œuvre des « transformations souterraines » (Ch. Vigouroux) jusqu'en 2019, plus visibles dans la loi TFP et surtout le CGFP depuis mars 2022. Cette réforme à répétition de la fonction publique estompe progressivement les différences entre d'une part, les fonctionnaires et les agents contractuels et d'autre part, entre les agents publics et les salariés comme le montre notamment la convergence progressive des régimes de retraite, la recherche d'une « flexibilité nouvelle » dans la gestion des agents publics et de marges de manœuvre pour les « encadrants » des agents, la refonte du dialogue social, la création d'une protection sociale complémentaire et la dernière réforme des retraites en avril 2023, ces évolutions confirmant le rapprochement des deux mondes du travail dans notre pays.

1 La « travaillisation » du droit de la fonction publique

Logiquement inapplicable dans la fonction publique qui s'est construite parallèlement à lui, voire en opposition, le droit du travail imprègne pourtant celle-ci par l'intermédiaire notamment des principes généraux du droit et du législateur. Le juge administratif a, en effet, rapproché le droit de la fonction publique du droit commun en dégageant, à partir du Code du travail, des principes généraux du droit (PGD) applicables aux agents publics. On peut citer les PGD interdisant le licenciement d'un agent public en état de grossesse (*CE, ass., 8 juin 1973, Dame Peynet*), obligeant les employeurs publics à accorder une rémunération au moins égale au SMIC à un agent public non titulaire (*CE, sect., 23 avr. 1982, Ville de Toulouse c/ M^{me} Aragnou*), interdisant des discriminations en matière de rémunération et avantages sociaux à l'endroit des grévistes (*CE, 12 nov. 1990, Malher*) ou impliquant que toute modification d'un contrat de travail recueille l'accord préalable à la fois de l'employeur et de l'agent (*CE, sect., 15 juin 2001, Berton*).

Pour le juge administratif, le Code du travail (art. L. 1226-2, L. 1226-3 et L. 1226-4) s'inspire d'un PGD obligeant l'employeur à reclasser ou licencier un agent atteint d'une inaptitude physique définitive à occuper sur emploi (*CE, 2 oct. 2002, CCI de Meurthe-et-Moselle*), ce PGD n'impliquant toutefois le droit pour un fonctionnaire stagiaire d'être reclassé dans l'attente d'une titularisation alors qu'il a été déclaré physiquement inapte, de façon définitive, à exercer l'emploi auquel il se destinait (*CE, 17 févr. 2016, n°381429* : pas de droit au reclassement en cas de licenciement pour inaptitude). Ce PGD a été appliqué à la situation des agents publics contractuels (*CAA Paris, 5 oct. 2004, Makiadi Manza*) puis, pour contrer les agissements d'une commune qui avait évincé un agent rencontrant des problèmes de santé sans chercher à le reclasser (*CAA Marseille, 22 févr. 2005, Jean-Luc c/ Commune d'Argelès-sur-Mer* : *JCPA 2005, n° 1196*). Ce PGD a été appliqué à un conseiller à l'emploi de l'ANPE licencié à l'issue d'un congé de longue maladie de 3 ans (*CE, 26 févr. 2007, n°276863, ANPE*) ainsi qu'à un contractuel de droit public sous CDI dont l'emploi a été supprimé (*CAA Marseille, 30 mars 2010, M^{me} Luzy*) avant d'être étendu au profit des agents sous CDI de droit public dont l'emploi est supprimé en raison du recrutement d'un fonctionnaire (*CE, sect., avis, 25 sept. 2013, Sadlon*) puis sous condition aux agents sous CDD (*CAA Lyon, 7 juill. 2011, Etile*).

Le PGD sur l'obligation de reclassement ne s'applique pas lorsque l'agent manifeste expressément sa volonté non équivoque de ne pas reprendre une activité professionnelle (*CE, 25 mai 2018, M.A. c/ Pôle Emploi, n°407336*). Un praticien hospitalier recruté par contrat puis auquel on propose un emploi titulaire doit se voir appliquer l'article L. 1243-8 du Code du travail rendant impossible le versement d'une prime de précarité (*CE, 22 févr. 2018, n°409251*), il est toutefois éligible au versement de l'indemnité de précarité en cas d'échec au concours de praticien hospitalier, ou s'il ne s'est pas présenté à ce concours (*CE, 19 juill. 2023, n°469875*).

Depuis la *loi du 6 août 2019*, un agent sous CDI ayant opté pour une rupture conventionnelle avec son employeur public se voit appliquer les dispositions de l'article L. 5424-1 du Code du travail.

Si les agents publics et les salariés sont loin d'être placés dans une situation juridique strictement similaire en raison de la nature différente des activités exercées (*CE, 6 juill. 2011, n°348209 – Cons. const., 28 janv. 2011, n°2010-91 QPC – Cons. const., 17 juin 2011, n°2011-134 QPC – Cons. const., 9 déc. 2011, n°2011-205 QPC – CE, 13 févr. 2012, n°354078, Mutuelle du personnel des hospices de Lyon*), l'écart s'estompe entre le droit du travail et celui qui régit les fonctionnaires et agents publics des trois fonctions publiques ainsi que l'atteste, par exemple, la durée légale du temps de travail des agents publics (à l'exception notamment des enseignants et des universitaires) alignée sur celle fixée par l'article L. 3121-27 du Code du travail (CGFP, art. L. 611-1), la réforme à répétition des retraites de 2003 jusqu'à la loi n°2023-270 du 14 avril 2023. Universalisation et « travaillisation » se rejoignent pour consacrer une approche globale de la retraite mais également de la relation d'emploi. On peut également citer la création d'un compte personnel d'activité (CPA) en 2017 – mis en œuvre dans la fonction publique par l'ordonnance n°2017-53 du 17 janvier 2017 – qui reprend la logique du dispositif dans le secteur privé (C. trav., art. L. 6323-1), le Code du travail (art. L. 6323-3) ayant été modifié par la loi du 6 août 2019 pour rendre possible, sur la base de l'article 22 *quater* du titre I du Statut général (CGFP, art. L. 422-16), la conversion en euros des droits acquis en heures dans le cadre du CPA. De même, l'article R. 2121-3 du Code du travail permet aux agents publics de suivre une formation commune dans le cadre de plans de formation pour améliorer les pratiques du dialogue social (D. n°2017-714, 2 mai 2017). Les fonctionnaires titulaires ou non peuvent désormais recourir au télétravail (L. n°2012-347, 12 mars 2012, art. 133 mod. L. 6 août 2019) dont la définition reprend celle qui figure dans le Code du travail (D. n°2016-151, 11 févr. 2016) dès lors que la fonction est compatible avec cette nouvelle organisation du travail (*CE, 21 févr. 2018, Synd. nat. des magistrats, n°399260* : télétravail possible pour un juge exerçant une fonction en administration et non en juridiction). La catastrophe sanitaire liée à la Covid-19 a fait du télétravail la norme et du travail en présentiel l'exception. Pour anticiper le fonctionnement des administrations en mode moins dégradé, un accord-cadre a été conclu le 13 juillet 2021 pour la mise en œuvre du télétravail dans les trois versants de la fonction publique (JORF, 3 avr. 2022) qu'il faut articuler avec le CGFP qui renvoie... au Code du travail pour l'application dans la fonction publique du télétravail (CGFP, art. L. 430-1). Les agents publics peuvent également, comme les salariés, donner des jours de repos à un autre agent public aidant une personne âgée ou handicapée (L. n°2018-84, 13 févr. 2018). Les agents publics de l'établissement français du sang (EFS) peuvent bénéficier du droit conventionnel qui vient compléter le droit statutaire (*CE, 21 oct. 2019, EFS, n°424072*).

Nonobstant leur fusion avec les CT prévue par la loi du 6 août 2019, les CHSCT ressemblent aux comités techniques, le juge ayant précisé la notion de « projet important » justifiant la consultation de ce comité chargé de veiller au respect de la sécurité et des conditions de travail (CE, 29 déc. 2014, n° 366637, *Syndicat Solidaires-Douanes*). Les anciens agents des employeurs publics mentionnés à l'article L. 5424-1 du Code du travail ont droit, sur la base ce code, à l'allocation d'assurance chômage dans les mêmes conditions que les salariés du privé (CE, 15 avr. 2015, n° 378893, *Hôpitaux universitaires de Strasbourg*) y compris lorsque l'agent public occupe deux emplois qu'il perd involontairement (CE, 2 avr. 2021, n° 425162). Les commissions administratives paritaires (CAP) rendent également possible un dialogue social, des précisions ayant été apportées pour l'attribution des sièges des représentants du personnel (CE, 9 juin 2017, n° 399748). Les règles sont similaires pour les salariés et les agents publics concernant l'articulation des congés annuels et de maternité (CE, 26 nov. 2012, n° 349896, *MEN c/Mme Crenn*) et, depuis le décret n° 2023-825 du 25 août 2023, le congé de présence parentale (CGFP, art.L.632-2 et CSS, art. L.544-3) et celui de proche aidant (CGFP, art. L.512-18). En outre, depuis le 1^{er} mars 2022, le CGFP renvoie au Code du travail pour le paiement des heures effectuées le 1^{er} mai par les agents publics ; à savoir le doublement de la rémunération (CGFP, art. L. 621-9) ou encore, dans son article L. 732-2 pour les titres-restaurants.

La contractualisation est une illustration supplémentaire de la « travaillisation » de la fonction publique. Le dialogue social et la négociation ont été renforcés par la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 (rénovation du dialogue social) grâce aux conventions collectives dont le rôle, dans la fonction publique, est amené à évoluer (CGFP, art. L. 221-1 et s.) en vertu de l'ordonnance n° 2021-174 du 17 février 2021 qui prévoit la possibilité de donner une valeur juridique aux accords conclus avec les syndicats ouvrant ainsi la voie à une contractualisation des accords collectifs dans la fonction publique. Le décret n° 2021-904 du 7 juillet 2021 précise les modalités de négociation et de conclusion de ces accords collectifs qui sont juridiquement des contrats introduisant une nouvelle source de droit dans la fonction publique.

2 La constitutionnalisation du droit de la fonction publique

La fonction publique n'a pas échappé au mouvement de constitutionnalisation qui a enrichi et renforcé les bases constitutionnelles du droit régissant le secteur public tout en obligeant le législateur à « calibrer » ses réformes afin d'éviter une censure de la part du Conseil constitutionnel. Cette tendance est surtout notable sur le plan des droits et garanties des fonctionnaires. Le principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics (*Cons. const.*, 14 janv. 1983), celui de l'égalité de traitement des fonctionnaires (*Cons. const.*, 15 juill. 1976) ainsi que le droit de grève qui doit être concilié avec le principe de continuité des services publics (*Cons. const.*, 25 juill. 1979) ont ainsi

reçu une valeur constitutionnelle avec laquelle le législateur doit composer. Le Conseil constitutionnel a étendu le principe constitutionnel d'indépendance aux maîtres de conférences des universités (*Cons. const.*, 19 déc. 2013, n° 2013-30-I, M^{me} Dion). Le lien entre la fonction publique et l'ordre constitutionnel a toutefois tendance à devenir ténu. Il a, ainsi, été jugé, lors de l'examen de la loi sur les emplois d'avenir, qu'aucun « principe constitutionnel ne fait obstacle à ce que le législateur prévoie que des personnes recrutées au titre d'un emploi d'avenir, professeur participant à l'exécution du service public de l'éducation nationale, soient soumises à un régime de droit privé » (*Cons. const.*, 24 oct. 2012, n° 2012-656 DC). Enfonçant le clou, le Conseil a jugé que des non-fonctionnaires pouvaient accéder à des emplois de direction et que des contractuels pouvaient être recrutés sur des emplois permanents (*Cons. const.*, 1^{er} août 2019, n° 2019-790 DC) dès lors que le principe d'égal accès à l'emploi est respecté et qu'une formation est apportée à ces nouveaux agents concurrençant les fonctionnaires notamment sur les emplois de responsabilité. De même, l'ordonnance du 17 février 2021 relative aux accords collectifs dans la fonction publique a été validée sans réserve y compris les règles dénonçant de tels accords (*Cons. const.*, 10 déc. 2021, n° 2021-956 QPC). La décision n° 2023-849 DC du 14 avril 2023 a eu l'effet paradoxal de censurer des avancées pour les fonctionnaires en catégorie active ou super active concernant la validation des périodes effectuées 10 ans avant leur titularisation.

L'application de la procédure de QPC a ravivé dans un premier temps les bases constitutionnelles du droit de la fonction publique. Ont, ainsi, été abrogées les dispositions législatives relatives à la cristallisation des pensions des agents des anciennes colonies (*Cons. const.*, 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC), à la non-prise en compte de la qualité d'objecteur de conscience pour les services effectifs permettant de calculer une pension de retraite (*Cons. const.*, 13 oct. 2011, n° 2011-181 QPC), aux conditions de perception d'une rente viagère d'invalidité (*Cons. const.*, 13 janv. 2011, n° 2010-83 QPC) ou à la cessation de l'état militaire dès la perte du grade consécutive à une condamnation, sans prendre en compte la personnalité du militaire ni la gravité de son comportement (*Cons. const.*, 3 févr. 2012, n° 2011-218 QPC) ou encore l'incompatibilité entre la qualité de militaire et celle de conseiller municipal (*Cons. const.*, 28 nov. 2014, n° 2014-432 QPC). Saisi par le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel a validé la réforme de l'indemnité temporaire de retraite d'outre-mer (*Cons. const.*, 22 juill. 2010, n° 2010-4 QPC et 2010-17 QPC; 29 juill. 2011, n° 2011-155 QPC), l'exclusion du conjoint divorcé du bénéfice de la pension militaire d'invalidité en cas de décès de l'agent (*Cons. const.*, 21 juin 2013, n° 2013-324 QPC), la soumission au droit public des maîtres sous contrat de l'enseignement privé (*Cons. const.*, 14 juin 2013, n° 2013-322 QPC), la loi relative à l'autonomie des universités (*Cons. const.*, 6 août 2010, n° 2010-20 QPC et 2010-21 QPC) – qui ne crée pas de différences de traitement contraires au principe d'égalité entre les universitaires –, la situation de réorientation professionnelle (*Cons. const.*, 17 juin 2011, n° 2011-134 QPC) abrogée par la loi *Déontologie* n° 2016-483 du 20 avril 2016, l'article 25 du

titre I^{er} du SG relatif à la nomination aux emplois supérieurs à la discrétion du gouvernement (*Cons. const.*, 28 janv. 2011, n° 2010-94 QPC) ou l'article rendant possible la consultation d'un seul et même comité d'agence pour les personnels de droit public et de droit privé d'une agence régionale de santé (*Cons. const.*, 28 janv. 2011, n° 2010-91 QPC). Il a abrogé l'article 21 bis § VIII de la loi du 13 juillet 1983 (issu de l'ordonnance n° 2020-1447 du 25 novembre 2020) au motif qu'il rendait possible l'accès aux données médicales des fonctionnaires lors de l'instruction des demandes de congé pour incapacité temporaire imputable au service portant ainsi une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée (*Cons. const.*, 11 juin 2021, n° 2021-917 QPC). Le Conseil a toutefois redonné du sens au principe de participation. Après avoir abrogé la disposition rendant possible l'assistance des agents publics lors d'une rupture conventionnelle par un syndicat « représentatif » (*Cons. const.*, 15 oct. 2020, n° 2020-860 QPC), il a réservé le même sort à l'ancien article 14 bis du titre II du Statut général (CGFP, art. L. 216-1) concernant l'assistance du fonctionnaire formant un recours administratif contre certaines décisions individuelles défavorables par un représentant désigné par une organisation syndicale représentative. La requête contestait la présence du mot « représentative » qui empêchait des organisations syndicales de jouer ce rôle d'assistance (CE, 1^{er} juin 2022, n° 460759). La décision n° 2022-1007 QPC du 5 août 2022 a donc supprimé le mot « représentative » ; cette décision restera comme la première à avoir abrogé un mot figurant dans le CGFP.

La Constitution n'érige pas de barrage solide contre des réformes remettant en cause les critères organique et matériel d'application du droit administratif. Ainsi, la présence de fonctionnaires au sein de la SA France Télécom n'est pas contraire à la Constitution alors même que ces agents ne gèrent plus, au sein de cette entreprise, une mission de service public (*Cons. const.*, 12 oct. 2012, n° 2012-281 QPC). La décision n° 2019-790 DC du 1^{er} août 2019 sur la loi TFP a validé sans réelle motivation en se référant vaguement au principe de participation, la réduction à la portion congrue du rôle des CAP et la fusion des CHSCT et des CT au sein d'un comité social. Cette décision a également rendu possible l'exercice de fonctions régaliennes par des agents contractuels, la nomination de non-fonctionnaires à des emplois de direction de l'État et le recours généralisé aux berkaniens sans y voir de contradiction avec le principe d'égalité dans l'accès aux emplois publics ou la continuité du service public. De même, le principe d'indépendance des universitaires n'implique pas que la présidence du CNESER soit confiée à un professeur des universités (*Cons. const.*, 1^{er} août 2019, n° 2019-790 DC) ; de façon encore plus réductrice, il a été jugé que l'indépendance des services d'inspection générale de l'État n'avait pas de valeur constitutionnelle (*Cons. const.* 14 janv. 2022, n° 2021-961 QPC) ; de son côté, la décision n° 2021-961 QPC du 14 janvier 2022 a rejeté les griefs d'inconstitutionnalité soulevés à l'encontre de l'ordonnance du 2 juin 2021 réformant la haute fonction publique.