

FICHES CONCOURS

FONCTION PUBLIQUE ET SERVICES PUBLICS

Les fonctionnaires et l'égalité de traitement

Mai 2017



L'égalité de traitement au sein de la fonction publique peut être entendue de plusieurs manières :

- L'égalité entre candidats lors des recrutements ;
- L'interdiction des discriminations ;
- L'égalité entre membres d'un même corps telle qu'elle ressort de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

L'égalité lors des recrutements

Le principe d'égalité d'accès aux emplois publics a valeur constitutionnelle :

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

Art. 6.

La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux 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

C'est sur le fondement de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen que l'article 16 de la loi 83-634 du 13 juillet 1983 indique que « les fonctionnaires sont recrutés par concours, sauf dérogation prévue par la loi ». Le choix de ce mode de recrutement pour satisfaire à l'impératif d'égalité ne tient pas seulement à la forme traditionnelle du concours, avec ses épreuves écrites anonymes. Il existe en effet des concours différents, en particulier des concours sur titres qui, tout en restant des concours, sont formellement très proches des modes de recrutement du secteur privé, avec remise d'un dossier et entretien oral de sélection. La vraie spécificité du concours par rapport au recrutement du secteur privé tient à la transparence des règles et à la nomination d'un jury.

Transparence d'abord : les textes qui définissent le concours précisent les conditions requises pour s'y présenter, diplômes, ancienneté, ainsi que la nature des épreuves, leur programme et leur pondération dans le résultat. L'arrêté d'ouverture du concours par l'autorité compétente (le ministre le plus souvent) doit comporter les éléments constitutifs du recrutement. Le nombre de postes doit être connu avant le début des épreuves s'il s'agit d'un concours sur épreuves, avant la date limite du dépôt des dossiers s'il s'agit d'un concours sur titres. Il ne peut être modifié ensuite. Si le concours est commun à plusieurs ministères, la ventilation des postes offerts entre chacun d'eux doit être elle aussi précisée. La jurisprudence impose des délais suffisants entre la publication de l'arrêté, la date limite de retrait des dossiers et la date limite de retour des dossiers d'inscription.

Le second élément essentiel de l'égalité des candidats est le jury. Un arrêté portant règlement du concours en fixe la composition. La jurisprudence prévoit l'unicité du jury¹ et exige une stricte égalité de traitement des candidats, donc une indépendance complète du jury, y compris à l'égard de l'autorité qui le nomme. La jurisprudence répond aux problèmes complexes, qui surviennent par exemple lorsqu'un membre du jury connaît un candidat. Le contrôle exercé par le juge sur les décisions d'un jury est un contrôle restreint : celui-ci est souverain dans l'appréciation de la valeur des copies, des travaux remis et de la prestation orale. En revanche, le juge contrôle que l'égalité entre les candidats a été respectée et peut annuler la délibération si tel n'a pas été le cas : ce fut le cas par exemple lors d'une erreur matérielle dans un sujet, parce qu'il y avait deux sujets au choix et donc risque de rupture d'égalité, ou lorsque des questions jugées discriminatoires ont été posées à l'oral (CE 10 avril 2009, annulation de la délibération du jury d'un concours d'officier de police).

Les dérogations au recrutement par concours (avec accès à la fonction publique selon des modalités particulières, contrat suivi de titularisation pour les personnes handicapées, validation des acquis de l'expérience pour les militaires, décret du Président de la République pour les personnes choisies au tour extérieur du gouvernement...) doivent être prévues par la loi. Selon une jurisprudence partagée, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat en reconnaissent la conformité aux principes constitutionnels lorsque la dérogation se justifie « pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». En clair, les exceptions au principe doivent être justifiées par un intérêt supérieur (l'intégration des personnes handicapées en fait partie) et elles doivent être proportionnées à l'objectif visé, en tout cas ne pas déformer le principe d'origine : l'exception doit être limitée. En outre, les capacités des candidats doivent, dans tous les cas, leur permettre d'accéder aux fonctions qu'ils vont occuper : même une personne nommée au tour extérieur du gouvernement dans un grand corps doit en avoir le niveau.

Les recrutements de contractuels sont des recrutements d'agents publics et devraient donc s'opérer en respectant le principe d'égalité d'accès aux emplois publics, au minimum après publication des vacances et mise en concurrence. C'est loin d'être toujours le cas (le

¹ Conseil d'Etat, 11 juin 2004, Brigitte M. et Marie-France M. La division du jury en groupes d'examineurs est légalement possible pour toute épreuve, y compris orale, si elle est nécessaire à l'organisation du concours, compte tenu notamment du nombre des candidats et des caractères de l'épreuve en cause, et si, eu égard aux modalités retenues, elle ne compromet pas l'égalité entre les candidats.

recrutement des contractuels est une zone grise mal réglementée où chaque ministère suit ses propres règles, parfois coutumières). Le rapport Pêcheur de 2013 sur la fonction publique, très attaché à l'application stricte des principes statutaires fondamentaux, souhaite qu'un texte encadre davantage ce type de recrutement, en prévoyant la vérification des capacités du candidat : la loi du 21 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires précise que les agents contractuels sont recrutés après appréciation de leur capacité à exercer les fonctions à pourvoir.

L'interdiction des discriminations

Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

Article 6

Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race. » (...) « Les dispositions du présent article sont applicables aux agents non titulaires de droit public.

Article 6 bis

Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leur sexe.

Ces dispositions sont parallèles à celles qui existent dans le Code pénal et dans le Code du travail.

C'est en vertu de ces dispositions que les pouvoirs publics ont signé en décembre 2013 la Charte pour la promotion de l'égalité et la lutte contre les discriminations dans la fonction publique et se sont engagés dans une politique pour une meilleure égalité entre hommes et femmes.

L'égalité entre membres d'un même corps

Le statut de la fonction publique organise le recrutement par corps (ou cadre d'emploi dans la fonction publique territoriale), le corps étant défini comme l'ensemble des agents recrutés par un même concours et ayant vocation aux mêmes emplois. Chaque corps est doté d'un statut particulier (décret en Conseil d'Etat) qui prévoit la carrière potentielle de ses membres, organisant le corps en grades et, à l'intérieur des grades, en échelons. Cette organisation a conduit le juge à dégager un principe jurisprudentiel d'égalité des membres d'un même corps. Le Conseil d'Etat en a fait un principe général du droit (CE, 86891 Mouchoux, 14 janvier 1991).

Une telle disposition a une portée strictement circonscrite : elle signifie que, s'agissant de la carrière des agents qui appartiennent à un même corps, les textes ne peuvent prévoir de différences, par exemple selon l'origine ou la formation initiale des fonctionnaires.

Le principe ne s'applique qu'aux membres d'un même corps : un arrêt du Conseil d'Etat du 21 mai 2008 indique clairement qu'un tel principe d'égalité ne peut être invoqué que pour des agents relevant d'un même corps ou cadre d'emploi placés en situation identique. Aucune disposition législative ni aucun principe général n'oblige à ce que les agents

appartenant à un corps bénéficiant des mêmes conditions que celles prévues pour les agents d'un autre corps.

En termes de gestion des ressources humaines, un tel principe ne fait pas obstacle - le Conseil d'Etat l'a constamment rappelé dans ses commentaires – à l'existence de différences de traitement :

- Si les comportements des membres d'un même corps ne sont pas semblables (il a ainsi été reconnu que l'attribution de primes de niveau inégal en fonction de la valeur professionnelle n'était pas contraire à ce principe d'égalité²),
- Ou si les conditions d'exercice des fonctions diffèrent : ainsi, l'intérêt général imposant que les agents publics soient répartis sur le territoire en fonction des besoins de la population, il est possible de prévoir des primes différenciées selon le lieu d'exercice ainsi que des avantages d'ancienneté³ sans méconnaître le principe d'égalité⁴, dès lors que ces différences de traitement sont justifiées par des conditions d'exercice différentes, par les nécessités de service ou l'intérêt général du service et ne sont pas manifestement disproportionnées au regard des objectifs susceptibles de les justifier.

Les policiers, les enseignants affectés dans des zones difficiles peuvent ainsi bénéficier d'avantages financiers ou de carrière supérieurs à ceux dont bénéficient les membres de leur corps sans que le principe d'égalité entre membres d'un même corps soit altéré.

Eclairage

Le principe d'égalité entre fonctionnaires, qui n'est pas contesté s'agissant des candidats aux concours et de la lutte contre les discriminations, a souvent été détourné de son sens originel, parfois présenté comme une sorte de principe fondateur à valeur absolue qui empêcherait la prise en compte de la valeur professionnelle dans la gestion des carrières. L'interprétation du statut a été en tout cas longtemps tirée en ce sens, en particulier par les organisations syndicales, dont beaucoup soutiennent par exemple que, dans la fonction publique d'Etat, le respect du principe d'égalité impose la centralisation des décisions de gestion des membres d'un même corps et le recours à des critères « objectifs » (l'ancienneté) pour les avancements, ce qui est contraire aux textes. Longtemps, la culture traditionnelle des fonctionnaires a intégré cette interprétation. Celle-ci est néanmoins aujourd'hui en perte de vitesse et les différenciations sont aujourd'hui plus largement acceptées.

² Conseil d'Etat, Ministère en charge des postes et télécommunications, 10 octobre 1990.

³ Conseil d'Etat, 229547, 9 février 2005

⁴ Conseil d'Etat, CFDT du Gard, 11 juillet 2001.