

Introduction : Evolution ou Révolution du droit des fonctions publiques ?

Par Pierre Esplugas-Labatut, Professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole, Institut Maurice Hauriou

Un ouvrage de Tocqueville, à l'époque majeur mais aujourd'hui oublié, « L'Ancien Régime et la Révolution »¹ peut constituer une grille de lecture pour la loi dite de « transformation de la fonction publique »². Dans cet ouvrage, Tocqueville expliquait que certes la Révolution avait constitué sur de nombreux aspects un bouleversement par rapport à l'Ancien Régime mais sur d'autres, comme la centralisation du territoire, il existait en réalité une continuité notable. Ce même raisonnement peut s'appliquer à l'actuelle transformation des fonctions publiques telle que déduite de l'actuelle loi quasi-éponyme.

Tout d'abord, si transformation il y a, elle n'a pas débuté avec le présent texte. La fonction publique n'a pas échappé en effet à une inflation et instabilité normative³ si bien que le statut général actuel des fonctionnaires est bien éloigné des lois adoptées en 1983, 1984 et 1986⁴. Comme l'on serait par ailleurs en présence d'une « Vème République bis » ayant un rapport distancié avec la Constitution telle qu'adoptée initialement en 1958, le statut général des fonctionnaires est aujourd'hui bien différent des lois fondatrices et supposées catéchèses adoptées à partir des années 1980.

De plus, les intitulés mêmes des précédents textes réformant les fonctions publiques constituent autant d'indices pour nourrir une certaine prudence, voire scepticisme, vis-à-vis de la profondeur d'une éventuelle « transformation ». Ces textes s'intitulent par des termes en principe annonciateurs de vraies réformes globales du type « modernisation⁵ » ou « rénovation⁶ » de la fonction publique. Ces intitulés sont en fait souvent en trompe-l'œil car utilisés à propos de lois fourre-tout, manquant d'unité (et encore, a-t-on échappé en ce domaine à une loi de « simplification », terme toutefois repris aujourd'hui à propos de la « gestion des ressources humaines »⁷ dont on peut douter de la réalité).

¹ A. de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, 1856, Michel Lévy Frères, Libraires éditeurs.

² L. n° 2019-828, 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.

³ Depuis 2007, sans compter des lois propres à chacune des fonctions publiques, des lois ne portant pas directement sur la fonction publique mais l'impactant, ou des textes non législatifs, le statut général a connu cinq importantes réformes (L. n° 2007-148, 2 févr. 2007 de modernisation de la fonction publique ; L. n° 2009-972, 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique ; L. n° 2010-751, 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique ; L. n° 2012-347, 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 ; L. n° 2016-483, 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires).

⁴ L. n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, Titre I ; L. n° 84-16, 11 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, Titre II ; L. n° 84-53, 26 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, Titre III ; L. n° 86-33, 9 janv. 1986 portant dispositions relatives à la fonction publique hospitalière, Titre IV.

⁵ L. n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique.

⁶ L. n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

⁷ Titre 2, « Transformer et simplifier la gestion des ressources humaines ».

L'actuel texte de loi n'échappe pas à cette analyse. L'exposé des motifs annonce, non sans lyrisme, que l'objectif de ce texte est de « de refonder – pas moins - le contrat social qui lie nos agents publics au service de leur pays ».

En réalité, au-delà des effets d'annonce, deux fils directeurs guideraient l'actuelle réforme de la fonction publique : d'une part, la « travaillisation » des relations professionnelles en vigueur dans ce secteur et, d'autre part, la recherche d'une toujours plus grande exigence d'exemplarité des agents publics. Seul le premier, la « travaillisation » de la fonction publique, peut être considéré comme une Révolution au regard de la conception originelle et traditionnelle de la fonction publique conçue comme un modèle distinctif du droit du travail. En revanche, chacun de ces deux fils directeurs peut être perçu comme le prolongement, à défaut d'un aboutissement (car on peut craindre pour l'avenir encore de nouveaux textes), d'un processus ancien.

Sans prétendre être exhaustif sur le contenu de l'ensemble de la loi, on observe donc une double continuation, tout d'abord, de la Révolution que constitue la « travaillisation » de la fonction publique (I) et, ensuite, de l'Evolution en vue de toujours plus d'exemplarité des agents publics (II).

I. La continuation de la Révolution de la « travaillisation » de la fonction publique

La loi de transformation de la fonction publique ne cache pas ses références empruntées au vocable en vigueur dans les relations professionnelles du secteur privé⁸. On a désormais pour habitude de désigner ce phénomène par un néologisme qui est la « travaillisation » de la fonction publique. Celui-ci peut être défini simplement comme l'importation dans le champ des relations professionnelles entre les personnes publiques et leurs agents de règles tirées, ou tout au moins inspirées, du droit du travail applicables normalement aux salariés du secteur privé.

Il est difficile de déterminer un tournant dans l'avènement de cette Révolution. Il semblerait que ce terme de « travaillisation » ait été évoqué pour la première fois en 1960 (donc il y a quand même près de 60 ans) par le professeur David Ruzié dans sa thèse visant à confronter la condition juridique des agents publics et des salariés⁹. On sait que c'est d'abord par le biais des principes généraux du droit que le droit du travail a pénétré le droit applicable aux agents publics, en l'occurrence non statutaires. Ensuite, des textes particuliers portant, par exemple, sur la lutte contre les discriminations¹⁰, l'aménagement et la réduction du temps de travail¹¹ ou l'exercice du droit syndical et le dialogue social¹² se sont calqués sur ceux auparavant adoptés sur les mêmes thématiques dans le secteur privé. Aujourd'hui, un palier supplémentaire est franchi avec la loi de transformation de la fonction publique dans le sens où il s'agit d'une loi générale reprenant sur une multiplicité de points les références au droit du travail.

⁸ Sont par exemple révélateurs de termes habituellement utilisés dans le secteur privé la volonté de « promouvoir un dialogue plus stratégique et efficace » (Titre 1^{er}), de « transformer et simplifier la gestion des ressources humaines » (Titre 2), de reconnaître la « performance professionnelle » (Titre 2, chap. 2), d'édicter des « lignes directrices de gestion » (Titre 2, chap. 2 bis), « d'accompagner » et « sécuriser » les « transitions professionnelles » (Titre IV).

⁹ D. Ruzié, *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français. Etude comparative de leur condition juridique*, LGDJ, 1960.

¹⁰ L. n° 2001-1066, 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

¹¹ Décr. n° 2000-815, 25 août 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'Etat ; Décr. n° 2001-623, 12 juillet 2001 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique territoriale ; Décr. n° 2002-9, 4 janv. 2002 relatif au temps de travail et à l'organisation du travail dans la fonction publique hospitalière.

¹² L. n° 2010-751, 5 juill. 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

La « travaillisation » est significative s'agissant de la définition de la situation juridique de l'agent. Tout d'abord, on continue encore par facilité d'enseigner que le fonctionnaire est l'agent placé dans une situation légale et règlementaire par opposition aux salariés liés par contrat. Or la loi de transformation de la fonction publique dit exactement le contraire en disposant que « les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs délégués (...) à l'organisation et au fonctionnement des services publics, à l'élaboration des règles statutaires, à la définition des orientations en matière de politique de ressources humaines »¹³. Ce texte montre, une fois de plus, qu'il n'est plus exact d'affirmer que la situation du fonctionnaire est définie unilatéralement par l'Etat. Ce serait même l'application, ainsi que le précise l'exposé des motifs de la loi, d'un principe à valeur constitutionnelle tiré du 8^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Cette affirmation est certes cohérente au regard de la jurisprudence, dont on oublie qu'elle a d'abord été hésitante même si elle est aujourd'hui certaine, du Conseil constitutionnel qui entend la notion de « travailleur » au sens large¹⁴. Elle est néanmoins discutable tant une lecture littérale du 8^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 paraît réserver son application aux « travailleurs » employés dans des « entreprises » et non pas exactement aux fonctionnaires ou agents publics des personnes publiques.

Ce principe de participation trouve aujourd'hui sa concrétisation dans la loi de transformation de la fonction publique par la promotion « d'un dialogue social plus stratégique et efficace ». Le principe d'accords négociés est en fait une idée ancienne suggérée dans les années 2000 par plusieurs Livres blancs¹⁵. En droit positif, la loi du 5 juillet 2010 avait déjà entre-ouvert la porte en consacrant de manière ambiguë comme norme l'existence d'accord collectifs mais sans leur reconnaître une valeur juridique¹⁶. La présente loi ne fait que faire sauter ce dernier verrou en habilitant le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance « toutes dispositions destinée à favoriser, aux niveaux national et local, la conclusion d'accords négociés dans la fonction publique »¹⁷. Si la reconnaissance de la normativité des accords collectifs dans la sphère publique n'est pas donc directe, l'objectif affiché est bien celui-là. De surcroît, la normativité des accords collectifs est d'ores et déjà directement consacrée s'agissant de la détermination des conditions d'exercice du droit de grève pour les agents des collectivités territoriales¹⁸.

Un autre aspect fort de la « travaillisation » induite par la loi de transformation de la fonction publique découle de l'élargissement des possibilités de recruter des agents contractuels. L'affirmation selon laquelle le concours reste la voie de droit commun d'accès à la fonction publique est désormais dépassée. Il est vrai que le statut a toujours reconnu des hypothèses de recours à des contractuels mais celles-ci étaient strictement encadrées. Statistiquement, une proportion non neutre de près d'un agent public sur cinq est en fait un contractuel¹⁹. Aujourd'hui, en réalité, deux voies de

¹³ L. de transformation de la fonction publique, art. 1^{er}.

¹⁴ Cons. const., n° 2010-91 QPC, 28 janv. 2011, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux [Représentation des personnels dans les agences régionales de santé]*.

¹⁵ J. Fournier, *Le dialogue social dans la fonction publique : livre blanc*, 2002 ; J.-L. Silicani, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, avril 2008.

¹⁶ L. n° 2010-751, 5 juill. 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, art. 28.

¹⁷ L. de transformation de la fonction publique, art. 14.

¹⁸ L. de transformation de la fonction publique, art. 56.

¹⁹ *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique 2018*, <https://www.fonction-publique.gouv.fr/rapport-annuel-sur-letat-de-la-fonction-publique-edition-2018>.

recrutement coexistent sans que l'on puisse dire que l'une soit principale et l'autre accessoire. Certes, il est expressément affirmé que pour certains d'emplois dont la liste est appelée à être consistante (emplois de direction de la fonction publique²⁰, ensemble des emplois dans les communes de moins de 1 000 habitants et les groupements de communes regroupant moins de 15 000 habitants²¹), l'hypothèse de recruter un contractuel n'est ouverte que par « dérogation »²². Il ne s'agit en fait là que d'une précaution destinée à satisfaire une fiction juridique qui masque mal en pratique l'indifférence des voies de recrutement. Parallèlement à certains types d'emplois, le recours au contrat est encore élargi pour certains types de missions. A cet égard, un contrat particulier dit de « projet », directement inspiré du droit du travail (qui connaît des « CDD à objet défini »), est créé pour permettre l'embauche sur des missions ponctuelles spécifiques²³. Le recours au contrat est encore étendu lorsque l'emploi fait appel à des compétences techniques spécialisées ou nouvelles, ou lorsque la procédure de recrutement d'un titulaire s'est révélée infructueuse²⁴.

Autrefois vécue comme un signe de précarité, le contrat est donc désormais considéré comme une voie plus souple et attractive tant d'ailleurs par les pouvoirs publics que par également les agents qui préfèrent logiquement s'exonérer d'une procédure fastidieuse et contraignante. Dans tous ces cas, le texte a beau affirmer qu'il ne s'agit pas de remettre en cause le principe d'égal accès aux emplois publics, ou le statut et ses valeurs, le risque est bel et bien celui d'une différenciation des situations et d'une iniquité avec les personnels titulaires.

Peut-être conscient de ce risque, le législateur a étendu aux fonctionnaires un dispositif de rupture conventionnelle générateur d'une indemnité²⁵. On aurait cependant pu penser qu'en bonne logique juridique une rupture conventionnelle soit réservée aux seuls agents liés par un contrat. Il est ainsi singulier qu'il puisse être mis fin par contrat, au mépris du parallélisme des formes, fusse à titre expérimental, au statut de fonctionnaire qui ne repose pourtant pas sur ce type d'acte.

En outre, la « travaillisation » de la fonction publique mise en œuvre dans la loi de transformation de la fonction publique a pour conséquence une individualisation des carrières. De nouveau, le présent texte ne fait qu'accentuer un processus déjà ancien, préconisé dès 2003 par le Conseil d'Etat dans son rapport public annuel²⁶, visant à s'inspirer d'un système de l'emploi au détriment de celui traditionnel de la carrière. En ce sens, sans entrer dans le détail, il est prévu de faciliter et encourager les mobilités par la suppression de l'examen par les commissions administratives paritaires des mutations²⁷, la portabilité du compte personnel de formation en cas de mobilité entre secteurs public et privé ou la portabilité du contrat à durée indéterminée entre versants de la fonction publique²⁸ ou « l'appréciation de la valeur professionnelle » par la généralisation, déjà entamée, de « l'entretien professionnel »²⁹.

Enfin, s'agissant de la durée légale du temps de travail, la loi de transformation de la fonction publique ne fait que rappeler, selon la réglementation déjà en vigueur, que le décompte est réalisé « sur la base d'une durée annuelle de travail effectif de 1607

²⁰ L. de transformation de la fonction publique, art. 16.

²¹ L. de transformation de la fonction publique, art. 21.

²² L. de transformation de la fonction publique, art. 16.

²³ L. de transformation de la fonction publique, art. 17.

²⁴ L. de transformation de la fonction publique, art. 18.

²⁵ L. de transformation de la fonction publique, art. 72.

²⁶ CE, *Rapport public annuel 2003*, « Perspectives pour la fonction publique », p. 227.

²⁷ L. de transformation de la fonction publique, art. 10 et 25.

²⁸ L. de transformation de la fonction publique, art. 58.

²⁹ L. de transformation de la fonction publique, art. 27.

heures ». Toutefois, peut-être guidée par un sentiment de suspicion, si n'est de démagogie, certes étayé par plusieurs rapports ou études, à l'égard des agents publics qui seraient supposés travailler moins que dans le secteur privé, la loi se calque directement sur le code du travail en précisant que la durée du travail effectif des agents de l'Etat est celle fixée par ce code³⁰.

Le mouvement de « travaillisation » s'il constitue certes une tendance lourde confirmée avec l'actuel texte de loi ne doit pas pour autant conduire à être aveuglé et penser que toute spécificité du droit applicable aux agents publics doit être niée. La continuation de cette « Evolution » se vérifie notamment avec les dispositions tendant vers plus d'exemplarité de la fonction publique.

II. La continuation de l'Evolution pour plus d'exemplarité de la fonction publique

La loi de transformation de la fonction publique s'inscrit dans un mouvement ancien et continu qui consiste à considérer que la fonction publique doit être exemplaire. Cette exemplarité se justifie logiquement par la nature particulière des activités de service public poursuivant un but d'intérêt général assumées par les agents publics distinctes d'activités privées poursuivant un intérêt particulier. Elle comporte en réalité deux volets : l'un peut s'apprécier individuellement par le comportement que l'on attend des agents, l'autre collectivement par la conception que l'on se fait de la fonction publique comme structure prise dans son ensemble.

S'agissant tout d'abord des agents, on se souvient de la citation d'Hauriou qui clamait que le fonctionnaire est un « citoyen spécial »³¹ car il remplit une mission particulière de service public qui le conduit à avoir un comportement irréprochable. En ce sens, les différents statuts généraux en vigueur ainsi que la jurisprudence ont toujours posé des obligations à la charge des agents publics. Il y aurait ainsi une sorte d'effet « boule de neige » qui consisterait, au fil du temps et des réformes, à élever le degré d'exigence vis-à-vis des agents dans l'exercice des fonctions, et parfois même en dehors. Le présent texte fait donc à son tour grossir la boule de neige qui descend la pente en constituant une étape supplémentaire, mais sans doute non définitive, dans la recherche d'une meilleure éthique des agents. Il ne fait cependant que sophistiquer les procédures mises en place par la précédente loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie des fonctionnaires qui avait constitué une étape marquante³². En particulier, il est ainsi adopté un dispositif original de contrôle de la pratique dite du « pantouflage », c'est-à-dire à l'égard d'agents qui en l'occurrence créent ou reprennent une entreprise ou quittent de manière définitive ou temporaire le secteur public pour le secteur privé. Ce contrôle est dédoublé en étant, d'une part, concentré et exercé par la « Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) » pour des emplois dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient ; il est, d'autre part, déconcentré pour les autres agents en étant exercé par l'autorité hiérarchique après avis du « référent déontologue »³³. Ce mode s'inscrit dans le droit fil des dispositions antérieures tirées de la loi du 20 avril 2016 qui avait institué au sein des administrations de tels référents.

Concernant leur mise en œuvre pratique, ce type de processus n'est pas sans engendrer une bureaucratisation supplémentaire. Alors que le reproche pouvait être fait aux dispositifs jusque-là en vigueur d'être peu efficaces, l'avenir dira si l'actuel le sera en pratique davantage. Au risque d'être à rebours de l'esprit du temps, on peut

³⁰ L. de transformation de la fonction publique, art. 48.

³¹ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11^{ème} éd., Sirey, 1927, Tome 2, p. 597.

³² L. n° 2016-483, 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

³³ L. de transformation de la fonction publique, art. 34.

cependant se demander si la recherche d'une toujours plus grande exigence de moralité n'est pas excessive. Les agents seraient exposés à une surenchère de rigueur tandis que ce champ serait quelque peu délaissé pour les salariés du secteur privé. L'obligation faite aux plus importantes collectivités publiques de publier annuellement sur leur site internet la liste des dix rémunérations les plus élevées des agents relevant de leur périmètre nous semble conduire à les livrer de manière démagogique en pâture à l'opinion publique et leurs collègues³⁴.

S'agissant ensuite de la structure de la fonction publique, l'exemplarité voulue par la présente loi est aussi le reflet de son époque en voulant lutter contre toute forme de discrimination. La réponse donnée par ce texte fait appel à la technique des discriminations positives. Celle-ci est certes révolutionnaire au regard d'une conception formelle et universaliste du principe d'égalité mais est en réalité aujourd'hui bien entrée dans les mœurs.

Les femmes ont ainsi déjà bénéficié dans la fonction publique de ce type de discrimination³⁵. Sans entrer à ce stade dans le détail des mesures mises en œuvres, l'actuel texte prolonge différentes mesures déjà en vigueur visant ainsi à garantir l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes³⁶. Ce texte est encore la stricte continuation de la « loi Déontologie » de 2016 qui avait organisé un dispositif de signalement. Aujourd'hui, un tel dispositif est prévu s'agissant d'actes de violences sexuelles, harcèlement et agissements sexistes³⁷. En revanche, à rebours d'un mouvement général visant à durcir les dispositifs de discrimination positive, certains assouplissements ont été institués concernant le respect des obligations de nominations équilibrées entre les sexes³⁸.

Les dispositifs habituels de discriminations positives s'appliquent encore aux personnes en situation de handicap. Le présent texte ne fait que renforcer le principe amorcé par les lois du 10 juillet 1987 et du 11 février 2005³⁹, inséré dans le statut général, en vue de garantir une égalité de traitement en faveur des personnes en situation de handicap⁴⁰. Toutefois, les « aménagements raisonnables » prévus en faveur de ces personnels étaient jusqu'à présent essentiellement centrés sur leur recrutement, moins sur la progression dans leur carrière. Sans de nouveau présenter au fond les mesures instituées, l'objectif vers lequel tend la loi de transformation de la fonction publique est précisément que les employeurs publics prennent des mesures pour que les « travailleurs (*sic*) en situation de handicap » disposent de parcours de carrière équivalents à ceux des autres agents⁴¹.

En définitive, c'est peut-être parce que la transformation de la fonction publique voulue par le présent texte est l'aboutissement d'un processus ancien qu'elle n'a pas soulevé

³⁴ L. de transformation de la fonction publique, art. 37.

³⁵ L. n° 2012-347, 12 mars 2012 relative (...) à la lutte contre les discriminations, Titre III, Chap. 1^{er} : Dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes et à la lutte contre les discriminations, art. 50 et s.

³⁶ L. de transformation de la fonction publique, Titre 5, chap. 1^{er}, « Égalité professionnelle et prévention des discriminations ».

³⁷ L. de transformation de la fonction publique, art. 80.

³⁸ L. de transformation de la fonction publique, art. 82.

³⁹ L. n°87-517 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des personnes handicapées ; L. n° 2005-102, 11 févr. 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

⁴⁰ L. n° 83-634, 13 juillet 1983, art. 6 *sexies*.

⁴¹ L. de transformation de la fonction publique, art. 90 et s.

d'hostilité politique particulière malgré l'importance des changements. Il reste que l'accentuation de la « travaillisation » du droit de la fonction publique conjuguée au renforcement du caractère dérogatoire de ce droit, à raison de l'exemplarité que l'on attend de la fonction publique et de ses agents, a une conséquence sur la nature même du droit en vigueur. Ce dernier n'est plus exactement un droit statutaire conçu selon sa propre logique car il est désormais largement influencé par le droit du travail. Dans le même temps, les missions de service public dévolues aux agents justifient la persistance de dérogations au droit du travail. Le droit de la fonction publique pris dans son acception traditionnelle n'est plus. On serait plutôt en présence d'un droit des relations professionnelles désormais proche du droit du travail mais qui reste public d'où l'avènement d'un droit dit « droit public du travail »⁴². La Révolution serait ainsi que « le droit de la fonction publique est mort, vive le droit public du travail ! »

⁴² V. P. Esplugas-Labatut, « Pour un droit public du travail », in *Le Droit public du travail* (en collaboration avec Ch.-A. Dubreuil et M. Morand), L'Épilogue-Lextenso, Coll. L'Unité du droit, Vol. XIV, 2016, p. 11.