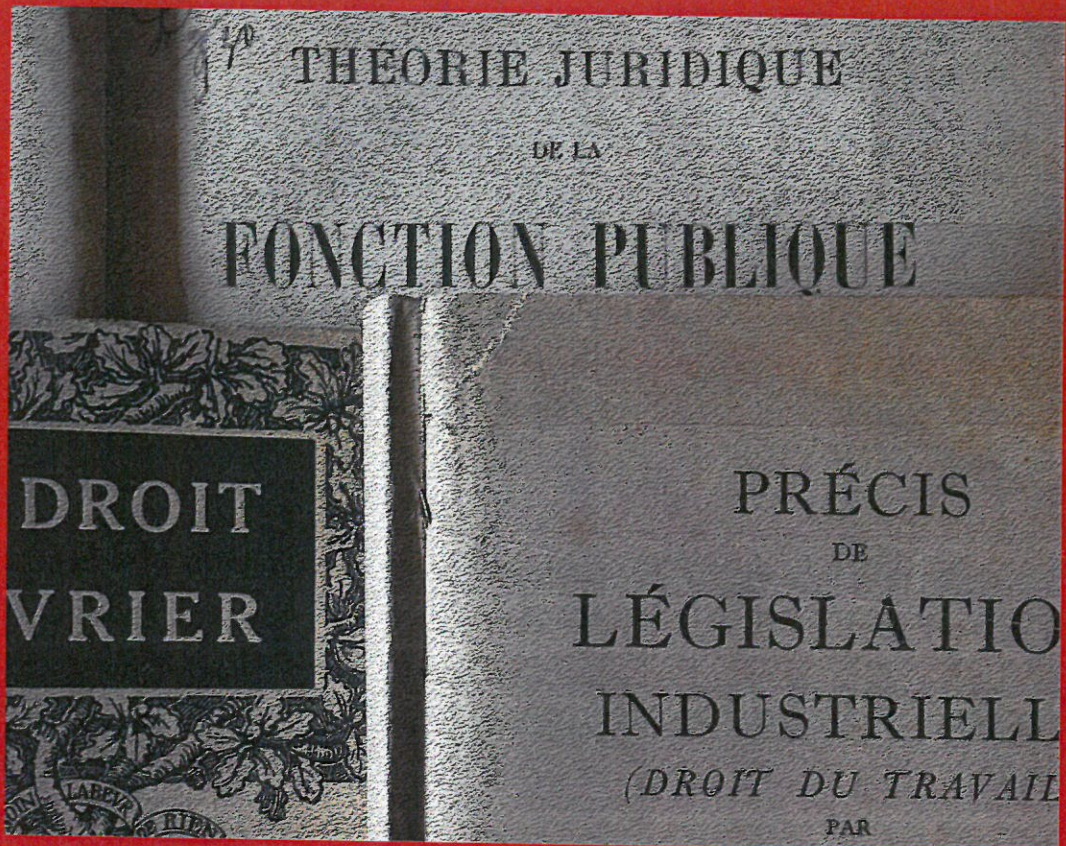


Collection L'Unité du Droit Volume XIV



Le Droit public du travail



Actes du colloque de Clermont-Ferrand - 26 novembre 2014

Sous la direction du Pr. Pierre ESPLUGAS-LABATUT
& de MM. les Pr. Charles-André DUBREUIL & Michel MORAND

EDITIONS L'ÉPILOGE - LEXTENSO

INTRODUCTION : « *POUR UN DROIT PUBLIC DU TRAVAIL* »

Pierre ESPLUGAS-LABATUT

*Professeur de droit public à l'Université d'Auvergne,
Centre Michel DE L'HOSPITAL (EA 4232), Ecole de Droit-Université d'Auvergne*

L'initiative de ce colloque est née d'un constat pédagogique. Seules deux universités enseignent, à notre connaissance, dans le cursus jusqu'au Master 1 un cours de « Droit des relations du travail dans le secteur public »¹. Certaines Universités proposent également dans certaines formations spécialisées de Master 2 un cours de « Droit de l'emploi public »². Il est en effet plus traditionnellement enseigné dans nos universités un cours de « Droit de (ou des) la fonction(s) publique(s) ». Dans le même sens, à une exception notable près mais déjà ancienne³, la totalité des manuels traitant des questions du droit applicable aux personnels des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs démembrements, même s'ils peuvent avoir une portée plus large dans leur contenu, conserve l'intitulé, sans doute évocateur, de « Droit de(s) la fonction(s) publique(s) » ou de « La fonction publique ».

Pourtant, traiter cette question sous ce seul angle est aujourd'hui obsolète et fortement réducteur. Cela est une évidence d'un point de vue quantitatif à un double niveau. En premier lieu, l'Etat et les collectivités territoriales n'emploient pas en effet, de manière non négligeable, que des fonctionnaires. Les agents contractuels représentent, de manière variable assez curieusement selon les sources statistiques, entre 16,8 % et 25 % des effectifs de l'ensemble des fonctions publiques⁴. En second lieu, le secteur public n'est pas réductible aux administrations en régie de l'Etat et des collectivités territoriales et doit être compris notamment comme étendu aux opérateurs publics (terme moderne aujourd'hui communément admis mais tiré du droit de la commande publique et dont on peut préférer en ce domaine l'ancienne dénomination encore en vigueur dans le Code du travail « d'entreprises publiques ») créés par ces deux types de collectivités publiques et exerçant une activité économique. Héritages d'une tradition qualifiée communément de

¹ Universités de Paris II Panthéon-Assas et d'Auvergne Clermont-Ferrand I.

² Université Toulouse I Capitole, Master 2 Droit social.

³ SAINT-JOURS Y., *Manuel de droit du travail dans le secteur public* ; LGDJ ; 1998.

⁴ Si l'on se fie au rapport 2013 établi par la DGAFP, on évalue le nombre de non titulaires à 901 000 agents soit de 16,8 % de l'ensemble de la fonction publique répartis en 14,5 % des effectifs de l'Etat, 19,7 % de ceux des collectivités territoriales et 17,2 % de ceux de la fonction publique hospitalière (Evaluation au 1^{er} janvier 2011, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique 2013*, p. 111). Si l'on en croit en revanche un rapport de l'INSEE publié en avril 2013, on évalue le nombre de non-titulaires (contrats aidés inclus) à 1,4 M d'agents soit 25 % de l'ensemble des effectifs, répartis en 27,4 % des effectifs de l'Etat, 24,1 % de ceux des collectivités territoriales et 24,8 % de ceux de la fonction publique hospitalière (Evaluation au 31 décembre 2010, *Rapport INSEE n° 1442*, avril 2013, p. 2).

colbertiste⁵, même si celle-ci est depuis 1986 en recul du fait de la contraction du secteur public, ces opérateurs publics emploient un nombre important d'agents *a priori* soumis au droit du travail : en se fiant à des données produites par l'INSEE, les entreprises publiques dépendant de l'Etat regrouperaient ainsi 788 000 agents soit environ 3 % de l'effectif salarié total⁶. Le nombre de personnes travaillant pour une personne publique au sens organique, mais soustraites au droit de la Fonction publique sans pour autant être assimilées à des salariés pleinement soumis au droit du travail classique, est donc loin d'être mineur. Ensuite, au-delà de ces données chiffrées, nous voulons surtout démontrer que la distinction binaire entre droit privé du travail et droit public de la fonction publique, si elle peut certes conserver des vertus pédagogiques, à l'instar d'une manière plus générale de la *summa divisio* droit public-droit privé, n'est plus, si tant est qu'elle l'ait été, tenable. L'évolution des relations du travail, dans une certaine mesure dans la sphère privée mais surtout dans la sphère publique, impose de substituer à cette distinction classique une autre distinction plus moderne qui opposerait le « droit du travail » au « droit public du travail ». Il s'agit là simplement de rendre compte d'une réalité sans poursuivre, pour notre part, le moindre dessein idéologique alors même que naturellement des considérations de cet ordre existent pour appuyer cette évolution. Cette expression « Droit public du travail » a été utilisée jusqu'alors de manière intuitive⁷. Le droit public du travail constitue cependant désormais une matière émergente aux fondements plus assurés (I) et dont il est possible d'identifier le contenu (II).

I. L'EXISTENCE D'UN DROIT PUBLIC DU TRAVAIL

La recherche d'une nouvelle discipline qui serait celle d'un droit public du travail résulte en préalable, de manière négative, de l'aporie que formeraient les catégories habituelles le « droit du travail » et de « droit de la fonction publique » (A). De manière plus positive, le droit public du travail est une catégorie plus large permettant de prendre en compte le rapprochement entre droit du travail et droit de la fonction publique (B).

A. La remise en cause des catégories habituelles de droit du travail et droit de la fonction publique

Le droit du travail est traditionnellement pensé comme une matière de droit privé car il régit des rapports entre personnes privées, en particulier l'employeur et le salarié par le contrat. Sans que cela soit certes excessivement novateur, on veut cependant rappeler que le droit du travail revêt en fait une nature, pour partie, publique⁸ (i). De même, le droit de la fonction publique, de par sa logique statutaire, a été conçu comme un droit statutaire alors même que son évolution contemporaine traduit au contraire un déstatutairement (ii).

MINARD Ph., *La fortune du Colbertisme. Etat et industrie dans la France des Lumières* ; Fayard ; 1998. Tableau de l'économie française 2011, Evaluation INSEE au 31 décembre 2009 ; p. 151.

Rapport n° 113 du 13 décembre 2006 établi par le sénateur Hugues PORTELLI sur le texte de loi de modernisation de la fonction publique de 2007 n. 13

i. Un droit public du travail déduit de la nature pour partie publique du droit du travail

L'état des lieux est connu : comme l'avait noté Jean RIVERO dès les années 1960⁹, on sait que le droit du travail est régulé par de multiples interventions de la puissance publique. L'exemple le plus topique est celui du contrat de travail : ce dernier est certes le produit de la volonté des parties mais celle-ci ne peut s'affranchir d'une notion éminemment publiciste qui est celle d'ordre public, transformé en l'occurrence en ordre public social¹⁰. Si la tendance actuelle est sans doute dans le sens d'une subjectivisation des relations du travail que ce soit au niveau collectif au individuel, cela ne traduit pas pour autant nécessairement l'affaiblissement du rôle de la puissance publique. Cette dernière reste en effet notamment largement maître des règles définissant l'articulation entre le droit unilatéral et le droit négocié¹¹. En outre, cette subjectivisation des relations du travail a comme contrepartie une objectivisation du contrôle du juge sur un modèle empruntant au droit public. Il en est ainsi par exemple du contrôle de proportionnalité appliqué traditionnellement par le juge administratif sur les mesures de police et repris par le juge judiciaire sur les mesures limitant la liberté du salarié dans l'entreprise¹² ou sur les sanctions disciplinaires¹³. De même, le juge judiciaire contrôle-t-il si des mesures prises par l'employeur le sont dans l'intérêt de l'entreprise ce qui dans la négative entraîne leur annulation pour détournement de pouvoir, cas d'ouverture propre au contentieux administratif¹⁴. Cette influence du droit public dans le contrôle du juge sur les relations du travail tient à l'analogie entre l'intérêt de l'entreprise et celui du service. Le droit du travail et le droit public sont en effet guidés tous deux, au moins s'agissant de certains aspects, par la même logique à savoir l'intérêt, dans le sillage de la théorie d'HAURIOU, de l'Institution¹⁵.

L'intervention de la puissance publique dans les relations entre employeurs privés et salariés a par ailleurs des conséquences au plan contentieux. Il existe en effet un contentieux administratif du travail non négligeable qui traite de tous les recours engagés contre des décisions administratives prises par un agent de l'administration du travail. Ce contentieux a longtemps concerné le contrôle des autorisations administratives de

⁹ RIVERO J., « Droit du travail et droit administratif » in *Dr. Soc.* ; 1960 ; p. 609.

¹⁰ DELBEZ L., « Une conquête du droit public : le contrat de travail » in *RD publ.* ; 1939 ; 462.

¹¹ Le Conseil constitutionnel rappelle, dans sa décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, *Loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social*, « qu'il est loisible au législateur, après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions de travail, de laisser aux employeurs et aux salariés, ou à leurs organisations représentatives, le soin de préciser, notamment par la voie de la négociation collective, les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte ». A ce jour, ces règles de portée générale concernant l'ensemble des conventions collectives sont en particulier définies par la L. du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale.

¹² Cass. soc., 14 novembre 2000 in *Dr. soc.* ; 2001 ; 207, obs. SAVATIER J.

¹³ *C. trav.*, Art. L. 1333-2.

¹⁴ En matière disciplinaire, application pour la 1^{ère} fois : Cass. soc., 6 novembre 1959, *BOSSE*, *Bull.civ.* IV, n° 1089. V. aussi : 10 juin 1997, n° 94-43.889, *Bull.civ.* V. n° 210.

¹⁵ HAURIOU M., « L'institution et le droit statutaire » in *Recueil de Législation de Toulouse* ; 1906 ; 2^e série, - 124 -

licenciement pour motif économique supprimées en 1986¹⁶. Dans cette même optique de maintien de l'emploi, il porte aujourd'hui sur le contentieux de l'homologation par l'administration de plans de sauvegarde de l'emploi introduits en 1993¹⁷. Le cœur de ce contentieux est en fait désormais constitué par le traitement des recours engagés contre la décision par laquelle l'autorité administrative donne ou refuse son autorisation pour le licenciement d'un salarié protégé¹⁸. En l'occurrence, le juge administratif apprécie aussi bien le respect des règles de forme dues à la qualité des salariés en cause que, comme tout juge du travail, le bien fondé d'un licenciement¹⁹.

Au sein même de la sphère privée du droit du travail, il existe ainsi bien, de ce point de vue, un droit public du travail lié à la nature pour partie publique de ce droit. Cela conduirait donc à rejeter l'expression « Droit privé du travail ». Une hypothèse de substitution serait de retenir celle de « Droit commun du travail ». Elle a en effet pour mérite de désigner un droit applicable numériquement au plus grand nombre et de s'opposer à un droit spécifique des relations du travail applicable aux agents des services publics²⁰. Elle a toutefois pour défaut d'être peu compréhensible en dehors des cercles de juristes et, surtout, est ambiguë. En ce sens, un droit commun du travail évoque aujourd'hui plutôt le rapprochement qui s'opère entre le droit du travail et celui de la fonction publique par la mise en commun de principes²¹. Au final, l'hypothèse de substitution que nous soumettons est de retenir, plus simplement, le nom habituel de « Droit du travail », lisible par tous et juste scientifiquement en se distinguant d'un droit public du travail, pour désigner le droit applicable aux salariés du secteur privé.

ii. Un droit public du travail déduit de l'éclatement du droit de la fonction publique

A la suite d'autres auteurs comme dès 1947 Jean RIVERO²², l'idée même de droit de la fonction publique mérite d'être déconstruite. Si ce droit a été pensé, initialement à partir de 1946 et ensuite à partir de 1984, du fait de grandes lois statutaires communes, comme un corps de règles homogènes applicables de manière uniforme à tous les agents²³, telle n'est pas aujourd'hui, loin s'en faut, la réalité. L'idée d'une fonction publique unifiée est en ce sens un mythe²⁴. On sait effectivement qu'il n'existe pas statutairement une mais trois fonctions publiques (étatique, territoriale et hospitalière). Au sein de chacune de ces fonctions publiques, le régime est éclaté entre une multiplicité de statuts « autonomes », « particuliers » ou « spéciaux », voire s'en émancipe par ce qu'il est convenu d'appeler

¹⁶ L. n° 86-797 3 juillet 1986 relative à la suppression de l'autorisation administrative de licenciement.

¹⁷ L. n° 2013-504 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

¹⁸ V. *infra*, DELIANCOURT S., « Le juge administratif et les salariés protégés ».

¹⁹ Ces règles sont en particulier énoncées en cas de licenciement disciplinaire de salariés protégés par CE, ass., 5 mai 1976, *SAFER d'Auvergne c/ BERNETTE*, n° 98647, 98820.

²⁰ V. *infra*, II, B.

²¹ V. *infra* I, B.

²² RIVERO J. « Vers la fin du droit de la fonction publique ? » : *Dalloz*, 1947, chr. 38.

des « statuts d'emplois ». L'unilatéralité des statuts qui pourrait par nature conférer une unité est elle-même un leurre. Les réformes législatives ou réglementaires sont en pratique souvent le produit d'une négociation collective, notamment sur des questions de rémunération et de conditions et d'organisation du travail²⁵. La loi du 5 juillet 2010 sur la rénovation du dialogue social dans la fonction publique vient d'ailleurs élargir le champ de la négociation et entend favoriser le développement des pratiques de négociation à tous les niveaux de l'administration²⁶ sans pour autant – encore – leur reconnaître une pleine valeur juridique²⁷. L'évolution générale en cours vers une individualisation des carrières²⁸, sous l'effet notamment de la prise en compte des méthodes de gestion des ressources humaines, est un pas de plus vers la remise en cause du modèle unitaire de la fonction publique.

Dans ces conditions, il devient pertinent de substituer au régime par vocation unitaire de droit de la fonction publique une appellation et un régime plus larges permettant d'appréhender la diversité des situations présentes au sein même des administrations de l'Etat et des collectivités territoriales. Si certains auteurs ont, à ce titre, mis en avant l'idée intéressante « *d'échelle de la fonction publique* »²⁹, celle-ci est d'un maniement pédagogique peu commode. L'expression « Droit public du travail » nous semble préférable car plus juste en permettant de regrouper la diversité des situations et plus évocatrice pour le plus grand nombre.

B. Un droit public du travail né du rapprochement entre droit du travail et droit de la fonction publique

Les agents des secteurs public et privé se voient désormais reconnaître des droits de manière transversale en raison de la constitutionnalisation et l'eupéanisation des droits sociaux (i). On observe aujourd'hui une seconde transversalité mais en l'occurrence orientée dans un seul sens : l'homogénéisation du régime juridique s'effectue par un mouvement appelé communément « travaillisation » du droit des agents publics consistant en un alignement de ce dernier sur celui du travail (ii).

i. La transversalité des droits sociaux

Les droits reconnus par le droit constitutionnel d'une part³⁰, et les droits européens, de

²⁵ V. *Les entretiens du Conseil d'Etat* (5 février 2010) : « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes » in *Dr. soc.* ; 2010, mai ; n° 5.

²⁶ L. n° 2010-751, 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relative à la fonction publique.

²⁷ Le Conseil d'Etat assimile un accord collectif à « une déclaration d'intention dépourvue de valeur juridique et de force contraignante » (CE, 27 octobre 1989, *Syndicat des ingénieurs et des études de l'exploitation de l'aviation*).

²⁸ Sur cette évolution, V. « La nécessaire adaptation des règles de gestion de la fonction publique aux exigences de la gestion des ressources humaines » in *Rapport annuel du Conseil d'Etat, Réflexions sur la fonction publique* ; 2003 ; 1^{re} partie, partie 1.2, p. 253 et s.

²⁹ Jean-Pierre D.

l'Union et de la Convention européenne des droits de l'Homme d'autre part³¹, tels la liberté syndicale, le droit de grève, le principe de participation des travailleurs, le principe d'égalité ou de non-discrimination sont « fondamentaux » en ce sens qu'ils ne distinguent pas de manière transversale selon qu'ils sont opposables à une personne publique ou privée ou qu'ils bénéficient à un salarié ou un agent public³². Un « socle commun de fondamentalité » s'applique au « travailleur » sans distinguer la nature du lien, contractuel ou statutaire. Il est vrai que dans tous les cas on est bien en présence d'un « droit du travail » qui concerne toutes les personnes dont les revenus proviennent d'un travail subordonné.

L'assimilation n'est toutefois pas sans limites. Le droit constitutionnel comme les droits européens acceptent des limitations aux droits fondamentaux pour les agents publics si est en jeu la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat et des autres collectivités publiques. Ainsi, par exemple, le juge interne admet des aménagements au droit de grève des agents des services publics en vue d'assurer la continuité de ceux-ci³³. De même, la Cour de justice écarte, sur le fondement de l'article 45 § 4 TFUE, les « emplois dans l'administration publique », entendus au sens d'activités qui participent à l'exercice de l'autorité publique, de l'application des règles sur les droits de libre circulation des travailleurs³⁴. De manière assez similaire, la Cour européenne des droits de l'homme exclut en matière disciplinaire l'application de l'article de 6 § 1 de la Convention si l'Etat montre que l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remet en cause le « lien spécial de confiance et de loyauté » entre l'intéressé et l'Etat employeur³⁵. La Cour reconnaît encore, en fonction des circonstances de l'espèce, un intérêt légitime des Etats à apporter des restrictions proportionnées à la liberté d'expression³⁶ ou syndicale³⁷ des agents publics compte tenu de leurs devoirs et responsabilités.

S'agissant spécifiquement du droit de l'Union européenne, son influence a été jugée avec ambivalence. Pour une part, elle conduit à un renforcement des droits des agents publics. Il en est ainsi concernant, par exemple, des conditions de recrutement de contractuels et l'encadrement des conditions de transformation de leur contrat précaire en durée indéterminée transposées de la directive du 28 juin 1999³⁸ ou encore des conditions de

³¹ V. *infra*, DUPONT-MARILLIA F., « L'eupéanisation du droit du travail dans le secteur public ».

³² V. STRUILLOU Y., « De la constitutionnalisation du droit du travail et de la fonction publique à la mise en place d'un socle constitutionnel d'un droit de l'activité professionnelle » in *Cahiers de la fonction publique* ; 2014, janvier-février ; n° 340 ; p. 31 ; BONICHOT J.-C., « Les rapports du droit du travail et du droit de la fonction publique dans le droit de l'Union européenne : est-on travailleur avant d'être fonctionnaire ? » in *Cahiers de la fonction publique* ; 2014, janvier-février ; n° 340 ; p. 8 ; AKANDJI-KOMBE J.-F., « La Convention européenne des droits de l'Homme et la distinction droit du travail/droit de la fonction publique » in *Cahiers de la fonction publique* ; 2014, janvier-février ; n° 340 ; p. 14.

³³ CE, 7 juillet 1950, *DEHAENE* ; Cons. const., n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*.

³⁴ CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Royaume de Belgique*, Aff. 149/79.

³⁵ CEDH, 19 avril 2007, *VILHO ESKELINEN et autres c. Finlande*, req. n° 63235/00.

reprise des agents travaillant au sein d'une entité économique de droit privé par un service public administratif qui sont la résultante de la jurisprudence de la Cour de justice³⁹. Pour une autre part et plus fondamentalement, l'influence du droit de l'Union se manifesterait par la promotion d'un système de l'emploi réservant un statut de titulaires de la fonction publique aux seuls emplois d'autorité. Cette solution dualiste existe déjà en Allemagne où seuls 40 % des agents des administrations relèvent d'un statut de droit public, plus encore en Italie où le principe est que, sauf exceptions limitatives, les agents sont soumis à des conventions collectives et contrats de travail. Elle a été proposée en France⁴⁰ mais ne semble pas faire l'objet à ce jour de consensus. La solution moins frontale actuellement mise en œuvre consiste dans le rapprochement des droits des agents publics avec ceux des salariés.

ii. La travaillisation du droit des agents publics

Les interactions entre droit du travail et droit de la fonction publique ne sont certes pas un phénomène nouveau⁴¹. Toutefois, le rapprochement entre ces deux droits est aujourd'hui en phase d'accélération mais à sens unique. Le terme de « travaillisation » du droit de la fonction publique⁴², ou plus largement des agents publics, tend désormais à être admis⁴³ sans que l'évolution ne soit toujours acceptée. Ce mouvement n'échappe pas effectivement à des jugements de valeur, non dénués d'arrière-pensées politiques⁴⁴. Il est vrai qu'il est le produit d'une évolution idéologique libérale qui conduit à conférer au droit du travail une force d'attraction plus grande, une préférence, par rapport au modèle de la fonction publique que l'on juge, à tort ou à raison, rigide et dont on cherche en conséquence à s'extraire.

Pour autant, on peut voir aussi dans la « travaillisation » des droits des agents publics une accentuation de leurs droits. C'est le sens des principes généraux du droit inspirés du droit du travail et « découverts » par le Conseil d'Etat – avec la réserve justement notée par le professeur Fabrice MELLERAY qu'ils concernent en fait des agents non-titulaires⁴⁵ – comme ceux relatifs à l'interdiction faite à un employeur de licencier une salariée en état de grossesse⁴⁶, à la modification des termes d'un contrat de travail

³⁹ CJCE 26 septembre 2000, *MAYER c/ APIM* (C-175/99).

⁴⁰ « Rapport de J.-L. SILICANI, 20 septembre 2007, proposition n° 12 » in *Livre blanc sur l'avenir de la Fonction publique* ; La Documentation française ; 2008.

⁴¹ Sur les interactions entre droit du travail et droit de la fonction publique, V. par exemple : RUZIE D., « Vers un renouveau du droit de la fonction publique ? » in *D.* ; 1959 ; p. 85 ; plus récemment, V. aussi FONT N., *Le travail subordonné entre droit privé et droit public* ; Dalloz ; 2009 ; Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses.

⁴² V. *infra* « Propos conclusifs », TOUZEIL-DIVINA M., « Vive le droit (public) des travailleurs ! ».

⁴³ Le néologisme « travaillisation » a été évoqué pour la première fois par le professeur RUZIE D., in *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français. Etude comparative de leur condition juridique* ; LGDJ ; 1960 ; V. sur l'ensemble de la question, AUBIN E., *La fonction publique* ; Gualino ; 2012 ; p. 51.

⁴⁴ Sur ce question V. : JEAN-PIERRE D., « La privatisation du droit de la fonction publique » in *JCP A* ; 2003, 1672 ; BOURDON J., « Vers une banalisation du droit de la fonction publique » in *AJFP* ; 2005 ; n° 6, p. 284 ; STRUILLOU Y., « Le droit du travail, horizon indépassable du droit de la fonction publique ? » in *AJDA* ; 2011 ; p. 2399 ; TOUZEIL-DIVINA M., « Travaillisation ou privatisation des fonctions publiques ? » in *AJFP* ; 2010 ;

d'un agent public contractuel qui doit recueillir l'accord de l'employeur et de l'agent⁴⁷, au droit des agents sous CDI à être reclassés avant, le cas échéant, de faire l'objet d'un licenciement⁴⁸ ou l'obligation pour l'employeur de supporter les frais exposés par le salarié pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de son employeur⁴⁹.

De même, les lois important des règles de droit du travail dans le champ de la fonction publique concernant notamment la lutte contre les discriminations⁵⁰, le harcèlement moral et sexuel sur le lieu de travail⁵¹, le droit individuel à la formation tout au long de la vie professionnelle⁵², l'aménagement et la réduction du temps de travail⁵³, la mobilité et les parcours professionnels⁵⁴ ou encore la négociation collective⁵⁵ ont amélioré de façon significative les droits reconnus aux fonctionnaires. Toutefois, peut-être effrayé par le mouvement qu'il accompagne, le législateur n'ose pas toujours aller au bout de ses intentions : la loi du 5 juillet 2010 introduisant la négociation collective dans la fonction publique définit ainsi pour les accords collectifs les règles de validité d'une norme toujours officiellement dépourvue de valeur juridique, ce qui peut être jugé source d'incohérence⁵⁶.

La force d'attraction du droit du travail se manifeste encore par l'ouverture du droit de la fonction publique à une logique de contractualisation⁵⁷. Sans doute, le statut a-t-il toujours organisé des possibilités de recours au contrat mais celles-ci doivent en principe rester exceptionnelles en devant être justifiées par un besoin particulier ou temporaire⁵⁸. Cependant, en pratique, les administrations n'hésitent pas à recourir aux agents contractuels pour des justifications diverses autres que légales : volonté de s'exonérer des grilles indiciaires de la fonction publique afin de sur-payer des cadres⁵⁹ ou de

⁴⁷ CE, Ass., 29 juin 2001, *Mme BERTON*, n° 222600.

⁴⁸ CE, Sect., avis 25 septembre 2013, *Mme SADLON*, n° 365139. L'obligation de reclassement a été précisée par le D. n° 2014-1318 du 3 novembre 2014.

⁴⁹ CE, 17 juin 2014, *ERDF-GRDF*, n° 368867.

⁵⁰ L. n° 2001-1066, 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations.

⁵¹ L. n° 2002-73, 17 janvier 2002 de modernisation sociale.

⁵² L. n° 2007-148, 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique.

⁵³ L. n° 2005-296, 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise et introduisant la possibilité d'une « sortie en argent » du compte épargne temps.

⁵⁴ L. n° 2009-972, 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique.

⁵⁵ L. n° 2010-751, 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

⁵⁶ En ce sens, V. MELLERAY F., « La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique Première étape d'une réforme profonde » in *AJDA* ; 2010 ; p. 2045 ; MARC E., STRUILLOU Y., « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système des relations professionnelles » in *Dr. adm.* ; 2010 ; n° 11, p. 7.

⁵⁷ V. *infra*, AUBIN E., « La situation des agents contractuels de l'Etat et des collectivités territoriales : de la "travaillisation" à la fonctionnarisation ».

⁵⁸ Pour la fonction publique d'Etat, L. 84-16, 11 janvier 1984, Art. 4, 5, 6 ; pour la fonction publique territoriale, L. n° 84-53, 26 janvier 1984, titre 3, Art. 3.

⁵⁹ Le rapport sénatorial n° 772, établi le 23 juillet 2014 par GOURAULT J. et KALTENBACH Ph., sur la précarité dans la fonction publique et tirant les conséquences de l'application de la L. n° 2012-347 du 12 mars 2012

sous-payer un personnel d'exécution, volonté de souplesse pour pouvoir interrompre l'activité de l'agent. Il reste que les réformes législatives visant à transformer une succession de contrats à durée déterminée, notamment au bout de six ans, en contrat à durée indéterminée⁶⁰ ne font qu'encourager le rapprochement du droit des agents publics sur le modèle du droit du travail.

On peut penser que ce mouvement de « travailisation » n'est pas achevé et se prolongera au moins aux aspects qui ne méritent pas de présenter de spécificité en droit de la fonction publique. L'exemple type est celui de l'absence de délai de prescription de l'action disciplinaire dans la fonction publique sur laquelle s'apprête d'ailleurs à mettre fin le texte de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires⁶¹. *A contrario*, le rapprochement avec le droit du travail touche ses limites chaque fois que la spécificité des missions exercées le demande, c'est-à-dire lorsqu'est en cause l'intérêt du service public⁶².

Compte tenu des impasses ainsi évoquées auxquelles conduisent les termes de droit du travail ou de droit de la fonction publique, des propositions ont été formulées visant à rendre compte de l'émergence d'un droit global qui serait celui « d'un droit de l'activité professionnelle » ou « des relations professionnelles »⁶³. Ce droit serait, tour à tour, privé ou public selon la nature de l'employeur. Toutefois, ces propositions globalisantes ont pour défaut, d'une part, d'omettre qu'un droit exorbitant du travail peut s'appliquer quelle que soit la nature publique ou privée de l'employeur, et, d'autre part, de nier la spécificité du contenu du droit public du travail.

II. LE CONTENU DU DROIT PUBLIC DU TRAVAIL

Le contenu du droit public du travail est une des conséquences de l'évolution des systèmes juridiques. Ces derniers ont été pensés initialement de manière unitaire et autonome ce qui fut en particulier le cas du droit administratif et de son sous-ensemble le droit de la fonction publique. Sans doute, convient-il aujourd'hui de renoncer à cette vision « d'un jardin à la française » bien ordonné et préférer la logique, même si on en perçoit les limites, d'un « ordre spontané » selon le modèle de Friedrich VON HAYEK⁶⁴, c'est-à-dire non planifié, « produit de l'action des hommes mais non de leur dessein », et complexe dans le sens où il intègre une multitude de combinaisons. Le droit public du

La territoriale connaît également cet effet financier principalement pour les emplois de catégorie A pour lesquels la titularisation engendre des pertes importantes de revenu » (p. 42).

⁶⁰ L. n° 2005-843, 26 juillet 2005, Art. 12, 13 et 14 ; L. n° 2012-347, 12 mars 2012 Art. 8, 21 et 30.

⁶¹ Projet de L. n° 1278 relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires ; délibéré en conseil des ministres le 17 juillet 2013, Art. 27.

⁶² V. *infra* II. B.

⁶³ V. anciennement DURAND P., « Naissance d'un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle » in *Dr. social* ; 1952, p. 437 ; plus récemment, MARC E., STRUILLOU Y., « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité

travail ne correspond pas de ce point de vue à une rationalité désirée : il n'est que la résultante de l'hybridation des modes de gestion du service public et aussi de politiques publiques menées souvent par à-coups, parfois sous le vocable non maîtrisé de « modernisation » de la fonction publique⁶⁵. En ce sens, le contenu du droit public du travail est par nature hétérogène (A). Pour autant, il conserve une certaine unité et spécificité qui l'empêchent de se fondre dans le droit commun du travail dans la mesure où il porte l'intérêt ou les valeurs du service public (B).

A. Un droit par nature hétérogène

Le droit public du travail est par nature hétérogène en ce sens qu'il regroupe une diversité de situations que ne pouvait précisément embrasser le droit de la fonction publique. Il correspond ainsi tout d'abord aux droits applicables à l'ensemble des agents du secteur public⁶⁶. Le contenu de ces droits est défini par une multiplicité de situations qui peuvent être statutaire (fonctionnaires), contractuelle, de droit public (agents des administrations de l'Etat et des collectivités territoriales) ou de droit privé (agents des administrations de l'Etat et des collectivités territoriales sous contrats aidés⁶⁷ ou d'intérim⁶⁸, salariés d'entreprises publiques), à durée déterminée ou indéterminée y compris depuis 2005 pour les agents des administrations de l'Etat et des collectivités territoriales⁶⁹.

Le droit public du travail peut aussi déborder de la sphère publique pour s'appliquer à des agents travaillant pour le compte d'une personne privée mais gérant un service public. La Cour de cassation a ainsi par exemple bien spécifié dans deux arrêts rendus le même jour, dont l'un concernait la médiatique affaire de la crèche *Baby Loup*, qu'un régime différencié, au regard des principes de neutralité et laïcité, s'appliquait aux salariés selon que ceux-ci travaillaient ou pas pour le compte d'une personne privée assumant une mission de service public⁷⁰.

De ce point de vue, le droit public du travail ne fait que juxtaposer de manière parallèle l'ensemble des régimes dérogatoires au droit commun du travail sans que l'on ne puisse ainsi déceler entre eux, à ce niveau, une moindre unité. L'hétérogénéité du droit public

⁶⁵ MELLERAY F., « La loi de modernisation de la fonction publique mérite-t-elle son titre ? » in *AJDA* ; 2007 ; p. 507.

⁶⁶ Pour un état des lieux des droits applicables, V. DEBORD F., « Droit du travail dans le secteur public » in *Droit du travail* ; 2010 ; p. 692.

⁶⁷ Sont des contrats de droit privé par détermination de la loi les « *contrats emplois solidarité* » (L. n° 89-905, 19 octobre 1989), les « *contrats emplois consolidés* » (L. n° 98-657, 29 juillet 1998), les « *contrats d'accompagnement à l'emploi* » (L. n° 2012-32 18 janvier 2005), les « *contrats d'avenir* » (L. n° 2012-1189 26 octobre 2012).

⁶⁸ L. n° 2009-972, 3 août 2009, Art. 21.

⁶⁹ L. n° 2005-843, 26 juillet 2005, Art. 13.

⁷⁰ Pour la validation d'un licenciement d'une salariée voilée travaillant pour une caisse primaire d'assurance maladie, personne privée gérant un service public : Cass. soc., n° 12-11.690, 19 mars 2013, *Mme ABIBOURAGUIMANE c/ CPAM de Seine Saint-Denis*. Pour l'invalidation d'un licenciement d'une salariée voilée travaillant pour une crèche associative dite *Baby Loup*, personne privée ne gérant pas un service public

du travail est même aggravée par un empilement de régimes applicables en cas de mutation de mode de gestion entraînant une modification de la nature de l'employeur, public ou privé. C'est ainsi que le *Code du travail*⁷¹, inspiré par le droit de l'Union européenne⁷², organise la reprise par une personne morale de droit public à une personne morale de droit privé d'une activité de service public administratif en régie⁷³. Les solutions sont mixtes empruntant alternativement au droit commun du travail et au droit public. L'article L. 1224-1 du *Code du travail* sur le transfert des contrats de travail trouve tout d'abord à s'appliquer (solution de droit privé). Toutefois, l'employeur public ne peut proposer aux salariés que des contrats de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires (solution de droit public). Il se voit encore imposer de conserver les « clauses substantielles » de l'ancien contrat (solution de droit privé). Pour autant, la liberté de rémunération propre au droit du travail est limitée, si l'on suit un avis du Conseil d'Etat, par l'interdiction de clauses salariales disproportionnées en ce sens que l'employeur ne doit pas proposer aux salariés transférés une rémunération qui excède manifestement celle qui aurait été fixée de manière générale à l'égard de tous les agents non titulaires⁷⁴ (solution de droit public). On est donc en présence d'une série d'allers-retours entre le droit du travail classique et le droit public qui débouche sur un régime mixte de droit public du travail.

S'il constitue une catégorie large permettant d'embrasser une diversité de situations, le droit public du travail n'a d'intérêt comme catégorie que s'il présente un minimum d'unité. Cette dernière existe bien à travers les exigences du service public.

B. Un droit réductible aux exigences du service public

Le droit public du travail est exorbitant car il s'applique à des agents qui ne sont pas des travailleurs comme les autres et qui participent à des missions de service public. En ce sens, les agents publics se définissent eux-mêmes, ainsi que cela résulte de la jurisprudence connue *BERKANI*⁷⁵, en fonction de ces missions. Ce lien avec le service public ne se retrouve pas d'ailleurs en droit positif pour la qualité de fonctionnaire. La décision QPC du Conseil constitutionnel du 12 octobre 2012 admet ainsi que France TELECOM puisse employer des fonctionnaires sans pour autant que l'entreprise assure au vu de la loi des missions de service public⁷⁶. Il n'existe donc pas, en tout cas au niveau constitutionnel, de lien entre la situation de fonctionnaire et le critère matériel du service public. Le droit de la fonction publique est ainsi, par essence, impuissant, si l'on en croit le droit positif et en dépit d'opinions doctrinales contraires⁷⁷, à expliquer son caractère

⁷¹ *C. trav.*, Art. L. 1224-3 introduit par L. n° 2005-843 26 juillet 2005, Art. 20.

⁷² CJCE, 26 septembre 2000, *MAYEUR*, Aff. C175/99.

⁷³ *V. infra*, MORAND M., « Le régime des contrats de travail en cas de reprise d'une activité par une personne de droit public à une personne de droit privé ».

⁷⁴ CE, avis, 21 mai 2007, *MANOLIS*, n° 299307.

⁷⁵ T. confl., 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône Alpes c/ BERKANI*, n° 03000.

exorbitant. En contre-point, le droit public du travail, étant assis sur les exigences ou valeurs du service public, est en mesure de légitimer ce caractère exorbitant.

Les sujétions induites par l'exercice de missions de service public et qui permettent d'identifier le contenu du droit public du travail sont connues et s'exercent à différents niveaux⁷⁸. Le statut général de la fonction publique en constitue certainement le cœur⁷⁹ mais la spécificité des missions du service public conduit à ce que les sujétions imposées aux agents du service dépassent le simple cadre du statut. Ainsi, par exemple, sans vouloir être exhaustif, s'agissant du recrutement, ces exigences vont au-delà de simples interdictions de discriminations à l'embauche. Parce qu'il s'agit de servir la collectivité, le recrutement doit s'effectuer dans des conditions d'égalité, de neutralité et d'impartialité déduites des exigences posées à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. C'est à ce titre que le principe, quoique sans doute en recul, reste le concours comme méthode de recrutement garantissant par nature ces exigences. Même en l'absence de concours, le Conseil d'Etat rappelle que la décision de recrutement doit être fondée « sur les vertus, talents et capacités des intéressés à remplir leurs missions, au regard de la nature du service public considéré »⁸⁰. S'agissant de l'exercice des fonctions, parce que le service de la collectivité doit être irréprochable, l'action des agents des services publics est conditionnée par la jurisprudence, en voie d'être relayée pour les fonctionnaires par la loi⁸¹, à des principes déontologiques qui sont en particulier l'impartialité, la probité, la dignité, la neutralité et la laïcité⁸². La jurisprudence applique ces principes quelle que soit la situation de l'agent, fonctionnaire ou contractuel d'une personne publique, ou même salarié d'une personne privée pour peu que celui-ci soit en charge d'une mission de service public. C'est cette mission particulière qui justifie qu'une morale professionnelle s'impose à la fois dans le service mais aussi éventuellement, de manière très dérogatoire au droit du travail, même en dehors du service. De même, le service public ne pouvant fonctionner par à-coups, le législateur⁸³ et la jurisprudence⁸⁴ autorisent-ils, au nom de sa continuité, pour l'ensemble des agents des limitations au droit de grève et même, pour certaines catégories d'entre eux, à leur retirer ce droit⁸⁵.

pour une définition matérielle de l'agent public » in *AIDA* ; 1999 ; p. 291.

⁷⁸ VIGOUROUX C., « Les défis du service public et les particularités de la fonction publique » in *Rev. adm.* ; 2004 ; p. 183.

⁷⁹ JEAN-PIERRE D., « Le statut général de la fonction publique, coeur du service public » in *JCP A* ; 2013, 15 juillet ; n° 29, 2212.

⁸⁰ CE, 8 mars 2013, *Syndicat des cadres de la fonction publique*, n° 355788.

⁸¹ Projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires délibéré en conseil des ministres le 17 juillet 2013, Art. 1^{er} modifiant L. n° 83-634 13 juillet 1983, Art. 25.

⁸² Pour un état du droit, V. par ex. VIGOUROUX C., *Déontologie des fonctions publiques* ; Dalloz ; 2006.

⁸³ *C. trav.* Art. L. 2512-1 à L. 2512-5.

⁸⁴ CE, ass., 7 juillet 1950, *DEHAENE*, n° 01645.

⁸⁵ Les catégories d'agents à qui le droit de grève a été retiré sont les policiers (*C. Sécurité intérieure* Art. L. 411-4), les agents des services extérieurs de l'administration pénitentiaire (Ord. n° 58-696, 6 août 1958,

Pierre ESPLUGAS-LABATUT

De manière plus fine, l'intérêt du service public prend une part variable dans le régime applicable aux personnels des entreprises publiques ainsi que l'a déjà développé Christian GARBAR dans sa thèse⁸⁶, tout particulièrement au plan local⁸⁷ ou dans le secteur des transports⁸⁸. Il est censé s'appliquer avec une part maximale pour les personnels d'Orange (ex-France TELECOM et bien que n'étant plus organiquement une entreprise publique), et de La Poste qui sont encore des fonctionnaires ou de la Banque de France qui sont des agents publics par détermination de la loi. Le droit est encore dérogatoire pour les salariés d'entreprises publiques à statut. Si celles-ci ont été dotées d'un tel statut c'est précisément en raison des « exigences particulières du service public exploité ». A ce titre, les statuts contiennent-ils des règles qui pour une large part empruntent droit de la fonction publique aussi bien du point de vue des garanties de carrière que des contraintes qu'ils engendrent en ce qui concerne par exemple le recrutement par concours, le système de carrière, l'interruption plus difficile du contrat de travail ou droit disciplinaire. Même pour les salariés d'entreprises publiques non soumis à statut ceux-ci se voient appliquer dans une certaine mesure un droit dérogatoire. En effet celles-ci soit exercent directement des missions de service public, soit au moins incarnent une dimension collective ou d'intérêt général. Ainsi, de manière déguisée et par un effet de contagion, les conventions ou accords collectifs auxquels sont soumis les personnels peuvent emprunter à une logique statutaire, en particulier en ce qui concerne « carrière » du salarié ou le droit disciplinaire⁹⁰. En outre, la jurisprudence n'hésite pas à tirer les conséquences dans le droit applicable aux salariés des missions de service public exercées par la plupart des entreprises publiques. On rappellera ainsi, selon la célèbre jurisprudence *Epoux BARBIER*, que les salariés de ces entreprises sont soumis à une réglementation interne ayant la nature d'un acte administratif unilatéral en ce qu'il touche « à l'organisation du service public exploité »⁹¹. De même, pour le juge administratif les dispositions du *Code du travail* incluant les entreprises publiques ou les principes généraux du droit du travail ne s'appliquent que sous réserve des nécessités du service public⁹² quand bien même on peut s'interroger sur la réelle portée d'une telle réserve

du contrôle et de la protection des matières nucléaires (C. Défense, Art. L. 1333-1 à L. 1333-14).

⁸⁶ GARBAR C., *Le droit applicable au personnel des entreprises publiques* ; LGDJ ; 1996 ; t. 1^{er} Coll. Bibliothèque de droit public ; V. aussi, SAINT-JOURS Y., « La situation juridique des personnels employés dans les services publics » in *Dr. ouvrier* ; 2008, p. 186.

⁸⁷ V. *infra*, LAVAL-MADER N., « Le régime des personnels des opérateurs publics locaux ».

⁸⁸ V. *infra*, MOUTON S., « Les évolutions des régimes juridiques des personnels dans le secteur des transports ».

⁸⁹ CE, 27 mars 1985, *BOURHIS*, n° 38361 (cité par C. GARBAR, *op. cit.* p. 449) : « Considérant que les dispositions sus-rappelées du Code du travail et du Code de l'Aviation civile habilite le conseil d'administration d'Air France à soumettre le personnel, en fonction des exigences particulières du service public exploité, à des règles statutaires qui dérogent au droit commun des relations du travail applicable dans les entreprises dont le personnel n'est pas assujéti à un statut réglementaire ».

⁹⁰ V. GARBAR C., *op. cit.* ; p. 472 et s.

⁹¹ TC, 15 janvier 1968, *AF c. Epoux BARBIER*, n° 01908.

⁹² Pour l'application du Code du travail : CE, ass., 7 juillet 1995, *DAMIENS*, n° 146028 149495 149946 14994 pour l'application des principes généraux du droit du travail, sous réserve des nécessités du service public

Enfin, c'est toujours compte-tenu des missions particulières assignées aux entreprises publiques que la loi a souhaité démocratiser les droits d'expression des salariés ou les conditions d'exercice du droit syndical en leur sein⁹⁴. Au demeurant, le fait que le service public soit le critère distinctif des activités justifiant un droit public du travail contribue à revivifier l'ancestrale théorie du service public, source de notre droit public.

En conclusion, il est certain que la distinction classique et binaire entre droit privé du travail et droit de la fonction publique est obsolète. Il nous paraît pertinent de lui substituer une autre distinction qui opposerait le « droit du travail », opposable aux salariés exerçant leur emploi en dehors de toute mission de service public, au « droit public du travail » applicable aux agents du service public. Celui-ci est en effet une catégorie plus large permettant d'embrasser, au sein de la sphère publique et même d'une partie de la sphère privée, la diversité des relations du travail, qu'elles soient statutaires ou contractuelles, de droit public ou de droit privé. En toute hypothèse, l'intérêt du service public justifie un régime juridique dérogatoire qui conduit, même dans le cas où l'agent est lié par un contrat de salarié, à appliquer un droit du travail qui en ce sens reste public.

Dans une perspective plus universitaire, s'il n'est peut-être pas question d'instaurer un enseignement unique regroupant droit du travail et droit de la fonction publique, ainsi qu'a légitimement pu s'interroger Christian GARBAR compte tenu des liens de plus en plus ténus entre ces deux droits⁹⁵, il nous paraît en revanche nécessaire de dépasser l'approche réductrice de droit de la fonction publique. Sur la forme, l'appellation « Droit public du travail » de cet enseignement est plus évocatrice que des périphrases comme « Droit des relations du travail dans le secteur public » ou « Droit de l'emploi public ». Sur le fond, un enseignement de droit public du travail, outre de mieux rendre compte de la diversité des situations juridiques, permettrait de tenir compte du rapprochement qui, quel que soit d'ailleurs le jugement de valeur que l'on puisse porter, s'est opéré entre droit privé du travail et droit de la fonction publique. Pour autant, il conserverait comme mérite de ne pas se fondre dans le droit privé compte tenu de la spécificité du travail dans un cadre de service public.