



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

LA PRÉCARISATION DE L'EMPLOI DANS LE SECTEUR PUBLIC ET DANS L'ENTREPRISE PRIVÉE. APPROCHES CROISÉES (1)

ISABELLE DESBARATS

Référence de publication : Recueil Dalloz 2002 p.593

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LA PRÉCARISATION DE L'EMPLOI DANS LE SECTEUR PUBLIC ET DANS L'ENTREPRISE PRIVÉE. APPROCHES CROISÉES (1)

L'Etat, piètre employeur ? A l'heure où la précarité de l'emploi dans le secteur privé est stigmatisée, un éclairage sur la situation qui prévaut sur ce point, dans le secteur public, se justifie : de quelles garanties bénéficient aujourd'hui les agents publics, non statutaires, embauchés pour une durée déterminée au service de l'Etat ? Quelles sont celles accordées à certaines catégories de personnes en difficulté, embauchées par le biais de contrats aidés ? Comme on voudrait l'établir, aucune de ces catégories d'agents contractuels ne bénéficie, en réalité, d'un système juridique cohérent ; bien au contraire, toutes relèvent de dispositions éparses et incomplètes, laissant subsister de larges zones d'incertitude sur l'étendue des droits des agents concernés.

L'une des problématiques du droit du travail, souvent développée en France et dans l'Union européenne, est celle selon laquelle le modèle industriel sur lequel ce droit a été fondé est, aujourd'hui, remis en cause par les transformations techniques et économiques contemporaines. En effet, si le droit du travail s'est construit autour d'un double modèle : celui de la grande entreprise industrielle et de l'emploi typique à durée indéterminée, la réalité ne se reflète plus dans un aussi simple schéma.

De fait, s'agissant des transformations touchant le modèle de l'emploi typique, à durée indéterminée, il est désormais indiscutable que, dans le secteur marchand, les entreprises sont tentées d'envisager l'emploi comme une variable d'ajustement à la conjoncture économique, ainsi que le traduit le recours à des types d'emplois précaires ne les liant pas durablement. Il est également acquis que, dans ces entreprises, le développement de l'emploi précaire est accentué par le rôle que les pouvoirs publics lui attribuent par ailleurs : constituer un instrument de la politique de l'emploi en vue de faciliter l'insertion de certaines personnes en difficultés.

Mais si l'intérêt des entrepreneurs privés pour ces formes particulières d'emploi n'est pas à démontrer, l'Etat-employeur joue, ici, un rôle non négligeable avec plusieurs centaines de milliers de salariés échappant, d'une façon ou d'une autre, au statut de la fonction publique comme à

l'application du droit du travail (2). En effet, un certain nombre de situations intermédiaires plus ou moins frappées du sceau de la précarité existent, désormais, entre la fonction publique et le salariat. C'est le cas de certains agents publics non statutaires, embauchés pour une durée déterminée et oeuvrant au service de l'Etat. C'est le cas également des personnes bénéficiant de contrats aidés, et qui occupent aujourd'hui une place importante dans certains services publics à caractère administratif, hôpitaux et universités, notamment.

Or, si cette situation qui prévaut dans le secteur public constitue le fruit de l'histoire (3), elle suscite des réserves. La raison en est qu'au sein du secteur public ces groupes sociaux que constituent les travailleurs embauchés pour une durée déterminée courent le risque d'un processus de précarisation sociale plus grave encore que dans le secteur marchand ; non seulement une distinction s'opère ainsi, dans le secteur public, entre fonctionnaires et agents publics non statutaires, mais tout porte à croire que ceux-ci se trouvent également moins bien lotis que leurs homologues du secteur privé.

Il est vrai que les données du problème sont aujourd'hui en partie renouvelées par la loi du 12 avril 2000 qui, s'agissant des agents non titulaires de l'Etat, a posé de nouvelles règles (4). Selon ce texte, en effet, les personnels de l'Etat exerçant des fonctions ne les faisant pas participer à l'exécution d'une mission de service public sont, en principe, titulaires d'un contrat à durée indéterminée de droit public à moins que, par voie d'option, ils ne déclarent préférer bénéficier d'un régime de droit privé. En revanche, les agents non statutaires, recrutés par voie contractuelle pour exercer des fonctions les faisant participer à une telle mission de service public, sont exclus du champ de ce texte, de sorte qu'ils bénéficient, pour leur part, d'un contrat à durée déterminée de droit public : sont, par exemple, concernés les agents recrutés par le ministère de la Culture pour le fonctionnement des musées, ou encore les vacataires embauchés par les rectorats.

Or, tel est le paradoxe que l'on voudrait ici évoquer. Bien que, généralement, les mêmes causes entraînent les mêmes effets, ce n'est pas le cas en ce qui concerne le phénomène de précarisation sociale au regard de la situation prévalant à la fois dans le secteur public et dans le secteur privé. En atteste le fait que le même processus de déstabilisation de la norme d'emploi qui s'est déployé dans les deux secteurs ne s'accompagne pourtant pas des mêmes conséquences pour les salariés

qui en sont victimes. Comme on voudrait l'établir ici, il semble bien, en effet, que les travailleurs précaires embauchés sous contrat à durée déterminée dans le secteur public bénéficient d'une situation moins avantageuse que celle réservée aux salariés du secteur marchand, embauchés, quant à eux, sous contrat à durée déterminée de droit privé.

Par conséquent, c'est de la situation faite aux premiers, à l'aune de celle réservée aux seconds, qu'il sera d'abord question (I). Une approche comparée de la situation des travailleurs précaires relevant des deux secteurs constitue, en effet, le préalable nécessaire à une étude de la gestion que les pouvoirs publics font de cette précarité d'emploi (II).

I - LE PROCESSUS DE PRÉCARISATION DE L'EMPLOI

Il est clair que le développement du secteur public, entendu au sens large, ne s'est pas traduit par l'élaboration de règles professionnelles communes à l'ensemble des personnels concernés. Deux phénomènes concurrents qui sont intervenus en France, comme dans la plupart des pays européens, ont contribué à cette situation. D'une part, le régime des agents des entreprises publiques s'est souvent élaboré à partir d'emprunts au droit de la fonction publique, ces entreprises se retrouvant ainsi dotées de « statuts » au moins aussi avantageux que celui de cette fonction publique. Un autre phénomène d'atomisation des situations juridiques exerce, pour sa part, une influence différente, conduisant à un recours accru à des agents contractuels dans la fonction publique. De fait, des motivations semblables expliquent le recours à ces formes particulières d'emploi dans le secteur public comme dans le secteur privé (A). Mais, ce n'est pas du même régime juridique dont les travailleurs des deux secteurs vont alors bénéficier ; tout au contraire, il semble bien que les agents publics embauchés sous contrat à durée déterminée de droit public se trouvent moins bien traités que les salariés de droit privé (B).

A - Tout porte à croire, en effet, que la présence de personnels précaires au sein de la fonction publique répond à deux types de considérations, à l'instar de ce qui se passe dans le secteur marchand. Dans l'un et l'autre cas, l'emploi précaire est apparu, d'abord, comme une « variable

d'ajustement » (§ 1), puis comme un « mode d'insertion » professionnelle de personnes en difficultés (§ 2) (5).

1 - Il est d'abord manifeste que l'on peut trouver au recours à des auxiliaires, vacataires et autres agents non titulaires des fonctions publiques des explications similaires à celles justifiant l'apparition et le développement de l'emploi précaire dans le secteur marchand. Dans les deux cas, en effet, l'emploi précaire permet de répondre aux besoins de flexibilité et de souplesse que connaissent les employeurs privés, comme l'employeur public.

Sans doute, les fonctions temporaires et techniques sont celles qui justifient, *a priori*, le recours à des agents non titulaires. Une première raison tient au fait que l'administration doit fréquemment gérer des surcroûts d'activité et pallier les absences de fonctionnaires titulaires. Une autre raison réside dans le fait que la technicité de certains emplois requiert souvent le recours à des agents non titulaires : ainsi a-t-on fait intervenir des informaticiens du secteur privé dans les services publics.

Il reste que, au-delà de ces raisons tenant à la nature des emplois à pourvoir, le recours à des agents non titulaires dans la fonction publique s'explique, de manière plus générale, par l'effet du système de la carrière. « (Bien que présentant divers avantages en ce qui concerne notamment) la continuité du service public, ce système compte, en effet, différents inconvénients, quant à l'adaptation des besoins du service aux ressources en personnels. (C'est pourquoi) le recours aux non-titulaires est apparu comme le moyen de tourner la rigidité de cette technique d'organisation de la fonction publique » (6).

2 - Mais si l'utilisation de personnels précaires répond ainsi aux mêmes besoins de flexibilité des entrepreneurs privés et de l'employeur public, on peut trouver d'autres similitudes dans ce recours commun aux emplois précaires. « Variable d'ajustement », l'emploi précaire apparaît également, dans les deux cas, comme un « mode d'insertion » professionnelle de catégories particulières de personnes en difficultés. On sait, en effet, que, dans le cadre de la politique de lutte contre le chômage de longue durée, le législateur a suscité le recours, dans les deux secteurs, à des emplois précaires pour favoriser l'insertion ou la reconversion de groupes sociaux défavorisés. Cette

politique s'est, d'abord, traduite par des aides publiques octroyées à des employeurs privés, recrutant sur la base de contrats de travail particuliers (contrats d'apprentissage et contrats d'insertion en alternance). D'autres mesures, reposant toujours sur le recours à des formes précaires d'emploi, mais plus particulièrement adressées au secteur public, ont été également développées pour favoriser l'insertion de publics en difficultés : c'est le cas, notamment, des contrats emploi-solidarité et des contrats emploi-consolidé.

Pourtant, si ce recours aux emplois précaires répond à des considérations en grande partie communes au secteur public et au secteur marchand, il semble bien que les conséquences en résultant pour les personnes concernées diffèrent dans les deux cas. Tout porte à croire, en effet, que, au-delà de ces similitudes tenant au contexte de leur recrutement, les agents publics se trouvent moins bien lotis que leurs homologues du secteur privé. Si tel est bien le cas, cela devrait signifier qu'il n'existe pas seulement un clivage entre contrats à durée déterminée et contrats à durée indéterminée dans le secteur marchand et entre fonctionnaires et agents non titulaires dans le secteur public, mais encore un clivage, source de différenciations sociales, entre travailleurs précaires eux-mêmes, selon l'employeur qui les a recrutés.

B - Qu'il s'agisse des agents publics non titulaires (§ 1) ou bien de personnes en difficultés bénéficiant de contrats d'insertion conclus dans le secteur public (§ 2), il semble bien, en effet, que ces groupes sociaux courent le risque d'un processus de précarisation plus accentué que celui touchant les salariés de droit commun. Le fait que ces personnes se trouvent privées d'un certain nombre d'avantages que le droit du travail reconnaît aux salariés du secteur privé est de nature à y contribuer.

1 - S'agissant des agents publics embauchés pour exercer des fonctions les faisant participer directement à l'exécution d'une mission de service public, ils bénéficient donc, comme on l'a dit, d'un contrat à durée déterminée de droit public. C'est dire que, lorsque l'Etat décide de conclure un contrat de travail plutôt que de recruter un fonctionnaire, ce contrat se trouve exclu du droit privé, le Conseil d'Etat préférant appliquer à ces agents non statutaires certains principes dits « généraux » du droit (7).

Or, il faut savoir que, dans le but de limiter les risques de précarisation de l'emploi dans le secteur privé, le législateur a affirmé l'existence d'un principe général de subsidiarité du contrat à durée déterminée par rapport au contrat à durée indéterminée, dont le bénéfice ne pourra, par conséquent, s'étendre aux agents publics. C'est ainsi qu'une application stricte de ce principe de subsidiarité résulte de la loi du 12 juill. 1990 qui, d'une part, pose la règle générale selon laquelle un salarié engagé par contrat temporaire ne peut occuper durablement un poste lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (8) et, d'autre part, précise les cas limités dans lesquels un employeur peut recourir à un contrat à durée déterminée (9), ainsi que les conditions auxquelles celui-ci peut être renouvelé (10). C'est ainsi également que cette loi a considérablement accentué le contrôle et les sanctions encourues par un employeur privé, en faisant notamment de la requalification en contrat à durée indéterminée la sanction civile des irrégularités commises dans l'utilisation des contrats à durée déterminée (11).

Les agents non statutaires étant qualifiés d'agents contractuels de droit public, il en résulte, dès lors, les conséquences suivantes. C'est bien de ce dispositif légal et de la protection qu'il offre contre les risques de précarité dont ces agents sont ainsi privés. Concrètement, cette exclusion implique, par exemple, que le contrat à durée déterminée est, en principe, de dix-huit mois au maximum dans le secteur privé, alors qu'il est de trois ans dans le secteur public. Il apparaît également qu'un contrat à durée déterminée peut être renouvelé à plusieurs reprises dans le secteur public, alors qu'il ne peut l'être qu'une seule fois dans le secteur privé, sous peine d'une requalification en contrat à durée indéterminée (12). Il apparaît encore qu'à l'échéance de son engagement l'agent public se trouve moins bien loti que son homologue du secteur privé dès lors que seul celui-ci a droit à une indemnité de précarité, équivalant à 6 % de ses rémunérations.

Dans ces conditions, s'il est vrai que les contrats d'agents non statutaires sont, de façon *a priori* avantageuse pour eux, souvent prorogés par leur employeur public, il demeure que l'on se trouve ici en présence de l'un des domaines du droit des relations de travail où la différence de régime juridique entre les agents publics et les salariés de droit commun est la plus évidente. On est, dès lors, en droit de conclure que, « exclus du champ d'application du droit du travail comme de celui de la fonction publique, les agents contractuels ne relèvent d'aucun système juridique cohérent, mais de dispositions éparses et incomplètes, qui laissent subsister de larges zones d'incertitude sur

l'étendue de leurs droits » (13). Autrement dit encore, s'il est vrai que la découverte de principes généraux du droit présente l'intérêt de faire du code du travail la source de certaines garanties pour tous, agents publics et salariés privés, il reste qu'il s'agit là de garanties finalement insuffisantes et que de nombreuses mesures contre la précarité ne s'appliquent qu'aux seconds. C'est ce que traduit, encore, le refus du Conseil d'Etat de considérer la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée comme un principe général du droit applicable aux agents publics non titulaires (14). Cette solution confirme bien le fait que le recours aux travailleurs précaires n'emporte pas les mêmes conséquences selon que le recrutement se fait à l'initiative d'un entrepreneur privé ou bien de l'employeur public.

2 - L'analyse de la situation faite aux personnes bénéficiant d'emplois d'insertion sociale et professionnelle conduit d'ailleurs à une conclusion semblable. Sont ici en cause les modalités de conclusion des contrats emploi-solidarité, qui sont des contrats de travail à durée déterminée et à temps partiel, conclus entre, d'une part, les collectivités territoriales et d'autres personnes morales de droit public (15) ou des associations et, d'autre part, les personnes privées d'emploi visées par l'art. L. 322-4-7 c. trav., pour assurer « des activités répondant à des besoins collectifs non satisfaits ».

S'agissant de ce type de contrats, il est vrai que, par application de l'art. L. 322-4-8 c. trav., ils constituent, à la différence des contrats envisagés précédemment, des contrats de droit privé et que leur conclusion devrait ainsi déclencher l'application des dispositions édictées par le législateur pour limiter les risques de précarisation sociale. C'est pourquoi toutes les règles adoptées pour marquer le caractère complémentaire du recours au contrat à durée déterminée et, notamment, celles n'autorisant la conclusion de ce type de contrat que pour l'exécution d'une tâche précise et non durable devraient trouver ici à s'appliquer. Or, tel n'est pas le cas, de sorte que la conclusion d'un contrat emploi-solidarité, contrat de droit privé déclenchant l'application du droit du travail, n'est pas forcément synonyme d'une meilleure garantie contre la précarité pour ceux qui en bénéficient. La raison en est que la Cour de cassation a récemment admis que, par exception au droit commun, l'employeur pouvait pourvoir, par ce type de contrat précaire, des emplois liés à l'activité normale et permanente de son établissement (16) : il s'agit bien là « d'une porte ouverte à la précarisation de l'emploi dans le secteur public » (17).

Dès lors, tout porte à croire que les travailleurs précaires recrutés par un contrat à durée déterminée dans la fonction publique se trouvent dans une situation globalement moins avantageuse que celle de leurs *alter ego* du secteur privé, alors même que des considérations finalement semblables se trouvent à l'origine de leur embauche. Les agents publics sont en effet exclus à la fois du droit de la fonction publique et du droit du travail, sous réserve d'une application au cas par cas de certains principes généraux du droit. Les bénéficiaires de contrats emploi-solidarité disposent bien, pour leur part, des garanties offertes par le droit du travail, à l'exception toutefois d'une règle pourtant très protectrice des salariés embauchés sous contrat à durée déterminée : celle interdisant d'occuper durablement un emploi lié à l'activité permanente de l'établissement.

Dans ces conditions, la question de la gestion de cette précarité dans l'administration, par les pouvoirs publics, n'en présente que plus d'acuité. A l'heure où la précarité de l'emploi dans le secteur privé est stigmatisée, une appréciation critique des politiques publiques menées en la matière se justifie.

II - LA GESTION DE LA PRÉCARITÉ DE L'EMPLOI

L'existence d'une « sous-fonction publique » ne bénéficiant ni de l'intégralité des garanties du statut des fonctionnaires (notamment en terme de garantie d'emploi), ni de celles du droit du travail, peut générer des mécontentements. Les pouvoirs publics en ont bien conscience qui, régulièrement, se saisissent du problème pour tenter de l'endiguer par l'adoption de différentes mesures tendant à une certaine résorption de la population des précaires dans la fonction publique. Il semble, cependant, que ces mesures n'ont qu'une portée limitée et que la catégorie des non-titulaires a vocation à « renaître toujours de ses cendres juridiques » (18). C'est pourquoi des voix s'élèvent pour faire prévaloir d'autres modalités de gestion de la précarité dans la fonction publique que celles jusqu'à présent développées : si « l'effort de résorption des non-titulaires » (A) que tentent régulièrement les pouvoirs publics ne permet pas de fournir les

résultats escomptés, l'application du code du travail aux agents publics non titulaires ne peut-elle pas constituer une solution plus satisfaisante ? (B). Préconisée notamment par les associations de contractuels, cette solution, entre autres, présenterait l'avantage de permettre aux contractuels du secteur public de bénéficier des conditions faites à leurs homologues du secteur privé. Les risques de différenciations sociales entre travailleurs des deux secteurs seraient ainsi considérablement atténués.

A - Bien que la situation d'agents publics accomplissant des tâches d'exécution ne soit pas analogue à celle de contractuels recrutés pour occuper des emplois très qualifiés, on peut observer que l'effort de résorption de la population précaire, régulièrement tenté par les pouvoirs publics, se traduit par l'adoption de mesures de même nature : intégration dans la fonction publique (§ 1) et/ou restriction à l'embauche (§ 2) (19).

1 - Les pouvoirs publics ont en effet procédé à plusieurs reprises à des titularisations importantes dans la catégorie juridique des fonctionnaires.

Ce fut d'abord l'objet de la loi du 3 avr. 1950 qui autorisa la transformation d'emplois d'auxiliaires en emplois permanents et la titularisation de ceux qui occupaient ces emplois. La même opération a été répétée à la suite des élections présidentielles de 1981, par une loi du 11 juin 1983 au bénéfice des auxiliaires et des contractuels ayant servi pendant deux ans à la date de publication du texte. Une nouvelle vague d'intégration, enfin, a été réalisée sur la base d'une loi du 16 déc. 1996.

De fait, la mise en perspective de ces deux derniers textes permet d'illustrer les avantages mais aussi les inconvénients de cette première mesure de résorption des travailleurs précaires que représente donc la titularisation. En effet, il est vrai que celle-ci constitue une solution à laquelle on peut facilement avoir recours pour réaliser l'objectif poursuivi sans, notamment, soubresauts sociaux. Toutefois, la titularisation présente également l'inconvénient d'intégrer à la fonction publique des personnes engagées sans qu'aient été vérifiées les garanties de compétences qui résultent d'un recrutement par concours. C'est la raison pour laquelle, sans doute, la loi du 16 déc. 1996, intéressant spécialement les maîtres auxiliaires de l'enseignement public, a voulu réaliser

autrement cette résorption de la population précaire. En effet, cette loi a prévu l'organisation de concours spécifiques, dérogeant aux statuts généraux des fonctions publiques et réservés aux non-titulaires, remplissant certaines conditions relatives à leur niveau d'emploi et à leur ancienneté. C'est dans cette même logique que s'inscrit d'ailleurs la loi du 3 janv. 2001, également relative à la « résorption de l'emploi précaire dans la fonction publique » (20).

Il reste que, régulièrement entrepris (en 1950, 1983, 1996, 2001), ces plans de titularisation sont assez peu suivis d'effets ; le nombre de non-titulaires va augmentant et on l'établit donc aujourd'hui à près d'un million dans l'ensemble des trois fonctions publiques. C'est pourquoi, en parallèle à l'intégration dans la fonction publique, des efforts sont également menés en vue d'une restriction à l'embauche d'agents contractuels.

2 - Normaliser les recrutements d'agents contractuels constitue, en effet, un objectif que les pouvoirs publics poursuivent régulièrement. Dans cette veine, les dispositions aujourd'hui en vigueur interdisent, en principe, le recours à des non-titulaires, sauf cas particuliers. Certaines de ces exceptions sont alors communes à toutes les fonctions publiques : c'est le cas, par exemple, lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires pouvant assurer les fonctions correspondantes, notamment parce qu'il s'agit de fonctions techniques hautement spécialisées ; c'est aussi le cas en ce qui concerne les emplois à temps partiel ou encore les emplois saisonniers. D'autres exceptions au principe sont, en revanche, propres à chacune des trois fonctions publiques : en ce qui concerne l'Etat et les collectivités locales, seuls sont en cause les emplois de catégorie A lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient ; s'agissant des hôpitaux, tous les emplois de n'importe quelle catégorie sont, en revanche, concernés lorsque, ici encore, la nature des fonctions ou les besoins du service le permettent.

Dès lors, le législateur ayant manifestement ouvert de façon plus large et peut-être plus réaliste qu'auparavant les possibilités de recruter des non-titulaires, on peut penser que les fonctions publiques ne devraient plus, désormais, compter, en leur sein, que des contractuels recrutés de façon légitime, c'est-à-dire conformément à la loi. Mais, dans la réalité, les contournements de la règle restent nombreux et la Cour des comptes fait, par exemple, valoir que les services préfectoraux comptent 5 % de non-titulaires des emplois administratifs ou techniques, rémunérés

sur le budget de fonctionnement et effectuant des tâches similaires à celles confiées aux fonctionnaires (21). Les efforts de l'Etat pour limiter le recours aux précaires étant manifestement voués à l'échec, on peut, dans ces conditions, se demander si une application directe du code du travail aux agents publics non titulaires ne constituerait pas une solution envisageable.

B - En réalité, la question d'une éventuelle application du droit du travail aux personnes non statutaires du secteur public comme aux salariés du secteur marchand a, jusqu'à présent, été occultée en raison d'une amélioration de la protection des agents publics non statutaires. En effet, s'il est vrai que cette catégorie de personnels ne bénéficie ni de l'ensemble des garanties du statut des fonctionnaires ni de celles du droit du travail, sous réserve de l'application de quelques principes généraux du droit, certains avantages leur ont, cependant, été octroyés. Cette protection des agents non titulaires, dans la fonction publique d'Etat, trouve notamment sa source dans l'énoncé d'un principe général d'équivalence, en matière de protection sociale, entre agents titulaires et agents non titulaires (22).

Dans ces conditions, il semble discutable de considérer la catégorie des non-titulaires comme « le tiers exclu... assis entre deux chaises » (23). Mais il l'est également d'affirmer que « l'écart entre fonction publique et salariat privé n'a cessé de décroître » (24). En effet, si les agents publics non titulaires bénéficient donc d'une certaine protection, celle-ci reste en-deçà de celle offerte aux salariés de droit commun. C'est pourquoi la question se pose de savoir s'il ne serait pas justifié d'appliquer les dispositions du code du travail aux agents des services publics, dès lors qu'aucune règle de droit public ne s'y oppose et quand les nécessités du service public n'y font pas obstacle (25). En effet, une application uniforme du droit du travail serait ainsi réalisée, non plus en transposant, dans le droit de la fonction publique, des principes généraux inspirés du droit du travail, mais en y appliquant directement les dispositions du code du travail qui se trouvent à l'origine de leur découverte. Serait surtout parachevé ce mouvement de rapprochement des droits des personnels, quels que soient leurs employeurs, que l'identification de ces principes généraux, pour le moment limitée aux cas d'injustice les plus évidents entre salariés privés et agents publics, a seulement inauguré.

De fait, une telle solution se justifierait, sur le plan juridique, si l'on garde à l'esprit que le droit du travail est celui qui gouverne les rapports juridiques naissant de l'accomplissement, par un travailleur subordonné, d'un travail pour le compte d'autrui. Comme on l'a fait remarquer, « de nombreux agents du secteur public demeurent placés dans une situation de salariat proche du droit commun, marquée par la subordination juridique, par la révocabilité de l'engagement contractuel et le risque de perte de l'emploi ; aussi, le code du travail devrait avoir pour vocation de les protéger au même titre que les autres salariés » (26). Au-delà, les avantages présentés par cette solution seraient patents. En effet, une application uniforme du droit du travail aux agents non titulaires garantirait des solutions plus claires que celles tirées du recours à des principes généraux du droit dont l'identification est source d'incertitudes.

Ce faisant, il est vrai que le recours à l'emploi précaire continuerait d'illustrer ce processus de déstabilisation de la norme d'emploi qui déploie ses effets, depuis maintenant une trentaine d'années, dans le secteur privé comme dans le secteur public. Néanmoins, il ne constituerait plus une source de différenciations sociales selon la qualité de l'employeur, privé ou public, comme c'est actuellement le cas. Bien au contraire, l'ensemble des travailleurs précaires, quel que soit donc leur employeur, bénéficieraient des mêmes règles protectrices issues du code du travail, dont le caractère plus pertinent pour régir la situation de ces personnels semble s'imposer (27).

(1) Cet article constitue la version remaniée d'une étude publiée dans le cadre des VIII^e Journées de Sociologie du travail « Marchés du travail et différenciations sociales. Approches comparatives », organisées par le LEST, et qui se sont déroulées les 21, 22 et 23 juin 2001 à Aix-en-Provence.

(2) « Sur les cinq millions d'agents publics, un million ne sont pas fonctionnaires. On les retrouve essentiellement dans les établissements publics (60 % de l'effectif) et les collectivités territoriales (près de 30 %) où ils représentent quelques 10 % du personnel (...). Un troisième cercle est constitué d'environ 200 000 CES » (Liaisons soc., févr. 2000, p. 16).

(3) J.-L. Bodiguel, Les agents non titulaires en France, Rev. int. sc. adm. 1999, p. 61.

(4) N° 2000-321, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (JO 13 avr., p. 5646 ; D. 2000, Lég. p. 221).

(5) Cette distinction est empruntée à J.-L. Domergue, Les formes juridiques et administratives de l'emploi précaire, Dr. ouvrier 1997, p. 112.

(6) S. Salon et J.-C. Savignac, Fonctions publiques et fonctionnaires, Armand Colin, p. 40.

(7) C'est ainsi que le Conseil d'Etat a déclaré applicables à tous les agents non titulaires : l'interdiction de licencier une femme enceinte (CE, 8 juin 1973, *Mme Peynet*) ; de verser une rémunération inférieure au SMIC (CE, 23 avr. 1982, *Ville de Toulouse*) ; ou encore de prononcer une sanction pécuniaire (CE, 1^{er} juill. 1988, *Billard et Volle*, D. 1990, Somm. p. 140, obs. D. Chelle

et X. Prétot).

(8) Art. L. 122-1 c. trav.

(9) Art. L. 122-1-1 c. trav.

(10) Art. L. 122-1-2 c. trav.

(11) Art. L. 122-3-1 c. trav.

(12) J.-Y. Kerbourc'h, Le contrat à durée déterminée irrégulier en droit privé et en droit public : des problèmes communs aux solutions contrastées, *Dr. soc.* 1995, p. 987 .

(13) J. Péliissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, 2000, p. 167.

(14) CE, 14 mars 1990, *CCI de Strasbourg et du Bas-Rhin*, *RFDA* 1990, p. 445 .

(15) Les services de l'Etat ne sont pas concernés par le dispositif.

(16) Cass. soc., 16 mars 1999, *Dr. soc.* 1999, p. 560 , et l'étude de C. Roy-Loustaunau, *Tempête sur la requalification du contrat emploi-solidarité*, p. 553 ; *D.* 1999, IR p. 102 .

(17) Droit du travail, ouvrage préc., p. 262.

(18) J.-C. Javillier, Droit du travail, LGDJ, 1998, p. 61.

(19) Rappr. Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, LGDJ, 12e éd., n° 25 s.

(20) N° 2001-2, relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation des recrutements dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale.

(21) Rapport de la Cour des comptes, « La fonction publique de l'Etat », 2000.

(22) CE, 3 mai 1993, *Syndicat CFDT des établissements et arsenaux du Val de Marne* (Lebon tables, p. 554), ce principe reposant, selon le Conseil d'Etat, sur l'art. 7 de la loi du 11 janv. 1984, aux termes duquel « le décret qui fixe les dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'Etat recrutés dans les conditions définies aux art. 4 et 6 de la présente loi (...) comprend notamment, compte tenu de la spécificité des conditions d'emploi des agents non titulaires, des règles de protection sociale équivalentes à celles dont bénéficient les fonctionnaires, sauf en ce qui concerne les régimes d'assurance maladie et d'assurance vieillesse ».

(23) E. Dockès, L'agent public non statutaire et le droit du travail, AJFP 1997, p. 1.

(24) R. Chapus, Droit administratif général, Montchrestien, 1998, 11e éd., t. II, p. 11.

(25) J. Mekhantar, Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques, AJFP 2000, p. 21 .

(26) F. Zapata, Le juge administratif et l'application du code du travail aux personnels du secteur public, Dr. soc. 1996, p. 697 .

(27) Sur la question, V. C. Moniolle, Les agents non titulaires de la fonction publique d'Etat, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 208, 1999 ; B. Thomas-Tual, Droit de la fonction publique et droit du travail, thèse, Rennes I, 1988.