

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



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

*LA FONCTION PUBLIQUE ? C'EST PAS AUTOMATIQUE !*

MATHIEU TOUZEIL-DIVINA

Référence de publication : Touzeil-Divina, Mathieu (2013) [\*La fonction publique, c'est pas automatique! : \[note sous CE, Sect., 08 mars 2013, Syndicat des cadres de la Fonction Publique \(req. 355788\)\]\*](#). Revue Lamy collectivités territoriales (n° 90). p. 31.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

# LA FONCTION PUBLIQUE ? C'EST PAS AUTOMATIQUE !

**La reprise de contrats de travail par une personne publique gérant un service public administratif, lorsqu'elle résulte du transfert à cette personne d'une entité économique employant des agents de droit privé, ne constitue pas, par elle-même, une opération de recrutement soumise au principe d'égal accès aux emplois publics.**

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

On se souvient tous de cette campagne publicitaire qu'avait mise en avant l'administration de la sécurité sociale afin d'encourager médecins et patients à ne pas soigner nos moindres maux avec des antibiotiques qui ne sont pas « automatiques » mais doivent uniquement être employés pour des maladies bactériennes (et non par exemple pour des infections virales à l'instar d'un rhume ou même de la grippe). Désormais, le slogan a changé mais l'idée est la même : antibiotiques : « *si on les utilise à tort, ils deviendront moins forts* ». Étrangement, il en est peut-être aussi des agents de la fonction publique et c'est ce dont il est (notamment) ici question à travers l'arrêt de section du Conseil d'État en date du 8 mars 2013 (CE, sect., 8 mars 2013, n° 355788).

Et, si le slogan dont nous parlions en amorce est encore présent dans la tête de la plupart des citoyens français, il semble en revanche que la décision juridictionnelle ici commentée, bien qu'ayant été rendue par l'une des formations les plus importantes de la juridiction administrative (la formation dite de « section » du Conseil d'État), soit quasiment passée inaperçue. Quatre éléments expliquent peut-être ce quasi anonymat : d'abord, l'affaire - au fond - est relative à un acte normatif qui ne concerne « que » la Polynésie française et non l'ensemble de la Nation. Or, chez certains juristes le droit ultra-marin, comme autrefois le droit issu des colonies, ne suscite que peu d'intérêt(s) et est perçu par d'aucuns comme une simple exception exotique (sinon quasiment comme ne concernant pas la France). Ensuite, l'affaire était relative à l'examen *a priori*, par le Conseil d'État, d'une « loi du pays » et non d'un acte administratif « traditionnel » à l'instar d'un décret ou d'un arrêté préfectoral. Ce support normatif inhabituel

aux spécialistes du contentieux administratif a également pu égarer quelques juristes convaincus qu'il s'agirait davantage ici de droit constitutionnel et de légistique (I). De surcroît (comme si cela ne suffisait pas), le litige ici examiné est relatif à une question qui appartient au droit des fonctions publiques. Or, celui-ci, comme les droits parlementaires et fiscaux, souffre, du fait vraisemblablement de sa technicité, d'un déficit d'intérêt au sein de la communauté universitaire. Enfin, au sein même des règles du droit public du travail, existe un champ encore plus restreint d'étude : celui de son rapprochement et de sa confrontation avec le droit privé du travail (1) (II). Cette synergie a peut-être conduit à l'isolement doctrinal ici regretté. On louera en revanche l'affirmation prétorienne et renouvelée des principes généraux de ce droit et notamment la mise en avant, par le Conseil d'État, des valeurs propres à la fonction publique qui confirment son autonomie et sa spécificité vis-à-vis des droits privé et contractuel du travail (III).

### ***I - LA « LOI » QUI N'EN ÉTAIT PAS UNE...***

Tel est bien le premier enjeu de l'arrêt ici étudié. Il faut en effet d'abord rappeler ce qu'est une « loi du pays » en Polynésie française avant de la confronter au principe de légalité. En l'occurrence, il faut surtout penser à la distinguer de son homonyme : la « loi du pays » néo-calédonienne (2) . En effet, il s'agit en Nouvelle-Calédonie, aux termes de la loi organique du 19 ? mars 1999 portant nouveau statut de cette collectivité, d'un véritable acte législatif. L'article 107 de la loi organique précitée attribuant même explicitement « force de loi ? » aux dites « lois du pays ». En ce sens, leur contrôle de constitutionnalité ressort tout naturellement au Conseil constitutionnel. Ainsi explique Mme David (3) : « ? *La loi du pays calédonienne est le symbole de l'organisation juridique particulière de la Nouvelle-Calédonie. Instrument d'essence fédérale, elle s'avère une spécificité en droit français car elle confère à une collectivité territoriale une part du pouvoir législatif qui, jusque-là, était l'apanage exclusif du pouvoir central. La loi du pays calédonienne est en effet un acte de valeur législative, placée dans la hiérarchie des normes au même niveau que la loi ordinaire adoptée par le Parlement national ?* ». À ceux qui continuent donc à croire en l'immarcescibilité d'un État unitaire français, un détour par la Nouvelle-Calédonie s'impose !

En revanche, comme dans le cadre de cet arrêt précédent du Conseil d'État (CE, 5 ? déc. 2011, n° 349062) (4) , il ne s'agit pas ici d'une norme néo-calédonienne mais d'un acte de la Polynésie française. Alors, même si la norme est également appelée « loi du pays », il n'y s'agit

plus à proprement parler d'une loi mais bien d'un acte réglementaire et ce, par exemple, au même titre qu'une ordonnance (telles celles de l'article 38 de la Constitution) non encore ratifiée. Cette absence *a priori* de caractère législatif véritable explique la gêne manifeste qu'arbore le législateur organique lorsqu'il parle à ce propos d'un acte « dénommé "loi du pays" » (par ex. L. org. n° 2004-192, 27 févr. 2004, art. 140, 176 et 177). Il y s'agit bien d'un « objet juridique mal identifié » (5) et plus précisément d'un « acte de nature éminemment réglementaire » ce que retient explicitement également le Conseil constitutionnel, par exemple lors de sa décision n° 2004-490 DC (6) (du 12 février 2004) où il est explicitement établi (cons. 75) « que la distinction formellement établie par la loi organique entre les actes prévus à l'article 140, dénommés "lois du pays", et les "délibérations", n'a pas pour effet de retirer aux "lois du pays" leur caractère d'actes administratifs ». « Moins qu'une loi et plus qu'un simple décret » (7) concluait ainsi à son propos le professeur Luchaire.

Cela rappelé, le Conseil d'État dans la présente décision, retient également (dans son premier considérant) les exposés normatifs suivants et découlants de l'article 176 de la loi organique précitée du 27 février 2004 : d'abord la « loi du pays » n'est publiée au *Journal officiel de la Polynésie française* (JOPF) qu'au titre de l'information des citoyens qui ont un mois pour « déférer cet acte au Conseil d'État ». Ensuite, comme lors de la procédure si démocratique et rousseauiste tentée par les Conventionnels de 1793, il est permis au peuple (justifiant toutefois d'un intérêt à agir) de s'opposer non pas à l'acte directement mais à son entrée en vigueur. Cela fait, si le juge administratif constate qu'une disposition est « contraire à la Constitution, aux lois organiques, ou aux engagements internationaux ou aux principes généraux du droit », cette première ne pourra être promulguée. Le contrôle qu'opère ici le Conseil d'État est alors un peu perturbant : comme pour une « loi » traditionnelle, il se fait juge (tel le Conseil constitutionnel) de la constitutionnalité de la norme déférée et - dans son rôle habituel de juge administratif suprême - il juge également de la conformité à d'autres principes ou normes qualifiés en doctrine de seulement *supra décrétaux* et ce, à l'instar des principes généraux du droit. C'est donc bien ici par rapport au principe de légalité entendu dans son sens le plus large que le Conseil d'État exerce son contrôle. L'étude précitée et publiée par le conseiller d'État Keller sur cette question est des plus éclairantes en particulier lorsqu'il examine l'hypothèse d'une soumission des « lois du pays » à certaines lois nationales ordinaires (Keller R., Le recours juridictionnel spécifique de la « loi du pays ? », in La « loi du pays » en Polynésie française, *op. cit.*, p. 75 et s.).

## ***II - MÊME À DURÉE INDÉTERMINÉE, LA SITUATION DU CONTRACTUEL DE DROIT PUBLIC... N'EST PAS ASSIMILABLE À CELLE DU FONCTIONNAIRE***

Il n'y a pas si longtemps, dans cette même revue, nous signalions l'importance - sans cesse renouvelée - pour le droit public désormais (et non plus uniquement pour le droit privé du travail) de la théorie dite de la « continuité des contrats de travail » (*cf.* Primauté de la continuité fictionnelle du contrat de travail sur l'ancienneté des services effectifs publics, RLCT 2012/82, n° 2285, note Touzeil-Divina M.). Celle-ci implique que lorsque « *survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ». Tel est en effet l'énoncé positif, issu originellement de la loi du 19 juillet 1928 et repris par le droit de l'Union européenne (8) puis par les droits internes public et privé du travail (C. trav., art. L. 1224-1 (9) et L. 1224-3) de la théorie de la continuité des contrats de travail. Cette fiction se joue donc de la réalité économique patronale dans le but louable de protéger les salariés et leurs emplois. Alors, peu importe que l'employeur ait changé « de tête » à la direction de l'entité, prime le maintien de l'emploi tant que celui-ci n'a pas été modifié. Il n'y existe alors aucun critère organique : que l'employeur nouveau soit privé ou public, c'est l'activité qu'il exerce qui est prise en compte.

En l'espèce, il revenait donc au Conseil d'État d'apprécier la conformité d'une « loi du pays » et ce, avant que cette dernière ne soit définitivement promulguée. La norme (L.P. n° 2011-32, 1<sup>er</sup> déc. 2011, JOPF 12 déc.) avait alors pour objet une mise en œuvre de ladite théorie de la continuité des contrats de travail (10). Concrètement, elle prévoyait deux cas de figures : le premier relatif à la reprise de contractuels de droit privé dans un service public administratif directement géré en régie par la collectivité polynésienne (à l'article LP. 2) et le second s'agissant de cette même reprise au sein d'un établissement public administratif polynésien (à l'article LP. 3). En outre, pour chaque cas de figure étaient distinguées deux situations : celle où des salariés de droit privé, titulaires d'un contrat à durée déterminée (CDD), se voyaient proposer (du fait de la reprise d'un service par la collectivité publique) la continuité de leur engagement conventionnel transformé en contrat de droit public (à durée tout aussi déterminée) et celle, plus étonnante, où des salariés de droit privé titulaires d'un contrat à durée indéterminée (CDI) se voyaient directement offrir un poste de fonctionnaire titulaire auprès du nouvel employeur public ayant opéré la « publicisation » de l'activité autrefois privée.

Autrement dit, la loi de pays, par ses articles LP. 2, LP. 3 et LP. 4 notamment, avait mis en place une intégration automatique des anciens travailleurs de droit privé au cœur de la fonction publique et ce, « *sans subordonner le recrutement des intéressés à un examen de leurs vertus, capacités et talents susceptibles de faire apparaître, notamment, si ces agents [présentaient] les qualités requises* » pour devenir fonctionnaire.

Car, prend soin de préciser le Conseil d'État en son cinquième considérant, il est important de distinguer la reprise contractuelle d'un CDD de celle d'un CDI. Dans la première hypothèse, la reprise de contrats « *ne constitue pas, par elle-même, une opération de recrutement soumise au principe d'égal accès aux emplois publics en vertu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* ». En effet, au nom de la théorie de la continuité des contrats de travail, le transfert automatique ici opéré implique, de manière fictive certes, que l'on considère qu'il n'y a pas eu *de facto* de recrutement nouveau mais une seule et unique continuité de précédents contrats. Tel est précisément l'objet et/ou le rôle de la théorie ici employée de la continuité contractuelle : faire comme si rien ne s'était passé à la tête d'une activité continue.

Conséquemment, la reprise de CDD ne traduit-elle effectivement pas un recrutement par l'employeur public de nouveaux employés mais une continuité des supports conventionnels de ceux-ci : seule, finalement, la « tête » de l'employeur a changé et que celui-ci soit public ou privé n'a pas d'importance ou d'impact sur l'activité ainsi continuée.

Toute autre est la situation des contractuels préalablement engagés en CDI et également repris par la collectivité polynésienne (ou l'un de ses établissements publics) au sein d'un service public à caractère administratif. En effet, le contractuel de droit public, même en cas de CDI de droit public, ne doit pas être et n'est pas assimilable à un véritable fonctionnaire.

### ***III - DE LA RÉAFFIRMATION PRÉTORIENNE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT DES FONCTIONS PUBLIQUES***

En prévoyant ainsi (pour la collectivité ultramarine et ses établissements publics) que la reprise, au sein d'un service public administratif, d'un contractuel de droit privé en CDI entraînerait automatiquement une intégration de ce dernier dans la fonction publique et non la mise en place pourtant possible d'un CDI de droit public (11), la « loi du pays » déferée est venu contrarier l'un des principes fondamentaux du droit des fonctions publiques.

L'acte ultramarin avait effectivement cherché à organiser un véritable « *droit inconditionnel à titularisation* » (ce qu'affirme le Conseil d'État en son septième considérant). Or, cette automaticité d'une entrée dans la fonction publique est totalement contraire à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Ce dernier, de nature constitutionnelle, prévoit effectivement que tous les citoyens « *sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ». La présente décision s'inscrit alors, à nos yeux, dans l'esprit de celle dite « Rousseaux » rendue à l'automne précédent (cf. CE, sect., 4 oct. 2012, n° 347312 ; Touzeil-Divina M., Hors concours, le juge administratif porte au pinacle le concours, AJFP mars 2013, p. 81 et s.). En effet, dans ces deux espèces, le Conseil d'État a porté au pinacle l'esprit du concours et la défense des fonctions publiques françaises alors que les faits d'espèces n'impliquaient pas nécessairement la mise en avant de tels principes. Dans l'arrêt « Rousseaux », ainsi, le Conseil d'État - alors qu'il ne s'agit pas d'un concours mais d'une procédure de nomination éclairée - prend le soin et le temps de mettre en avant deux principes généraux du droit des concours selon lesquels : non seulement « *un jury (...) porte sur les mérites des candidats une appréciation souveraine* » mais encore que ce même jury « *doit comporter des spécialistes de la discipline examinée* ».

En l'espèce, le Conseil d'État aurait très bien pu se contenter d'affirmer la contrariété au principe de la Légalité des articles LP. 2 et LP. 3, notamment, de la « loi du pays » et ce, par rapport à l'article 6 précité de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Il a toutefois préféré être encore plus explicite et solennel et a ainsi rappelé qu'il ne fallait pas placer sur un pied d'égalité la règle de la continuité des contrats de travail applicable aux CDD et ne caractérisant pas un recrutement nouveau puisque l'intérêt de cette fiction et d'affirmer, précisément, une constance du support conventionnel (quel que soit l'employeur) avec l'entrée dans la fonction publique. En effet, cette dernière ne peut être automatique et doit être soumise à des procédures spécifiques. *A priori*, le concours s'y impose même si l'on sait que l'absence de valeur constitutionnelle de ce dernier principe (12) permet aux gouvernants d'utiliser (y compris par contrat) d'autres procédés.

Quoi qu'il en soit, devait et doit toujours être organisé, fut-il simple et formel, un examen « *des vertus, capacités et talents susceptible de faire apparaître* » si les agents concernés « *présentent les qualités requises pour être intégrés* » à la fonction publique. En outre, il fallait et il faut également prendre en compte l'adéquation des agents candidats à la fonction publique avec « *les exigences particulières résultant des règles statutaires gouvernant le ou les corps dans lesquels ils pourraient être intégrés* » et enfin si les emplois occupés par

les salariés originellement en CDI de droit privé étaient « *au nombre de ceux que le ou les corps d'intégration envisagés donnent vocation à occuper* ». Par et pour la présente décision, il faut donc remercier deux acteurs cardinaux : les requérants et le Conseil d'État, bien entendu, qui a par plusieurs arrêts réaffirmé avec solennité des grands principes du droit des fonctions publiques. Principes qui confirment l'honneur que tout citoyen doit ressentir lorsqu'il embrasse la carrière de représentant et de serviteur de la Nation : carrière qui ne peut pas être totalement assimilée à celle d'un salarié de droit privé. Quant aux requérants, adhérents du syndicat polynésien des cadres de la fonction publique, il faut également les remercier de leur vigilance. Ce syndicat est en effet le seul à avoir voté contre le texte originel lors de sa présentation au Conseil supérieur de la fonction publique ainsi que devant la Commission du Conseil économique social et culturel « Éducation-emploi », chargée de la réforme de l'Administration. Par suite, il est également le seul à avoir contesté la conformité à la légalité de cette « loi du pays ». Et, ce courage a été d'autant plus récompensé que les dispositions des articles litigieux (articles LP. 2 à LP. 5 principalement) étant indissociables du reste du texte, c'est l'ensemble de l'acte qui s'est trouvé vicié et conséquemment n'a pu être promulgué.

Espérons, pour la fonction publique et la Polynésie, que cet acte ne sera pas réadopté dans l'urgence à l'instar de la première mouture ici rejetée.

---

- (1) On se permettra à cet égard de signaler, à l'inverse, les travaux du Collectif L'Unité du Droit entrepris depuis près de dix ans déjà à propos de l'influence réciproque des droits public et privé du travail. Plusieurs journées de colloques et d'études en ont été le témoignage et l'on signalera notamment quelques fruits de ceux-ci : Touzeil-Divina M. et Sweeney M., Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit ?, Le Mans, L'Épitoge - Lextenso, 2012 ; à titre plus personnel : Travaillisation ou privatisation des fonctions publiques ?, AJFP juill. 2010, p. 228 et s. On signalera également les travaux de Marc E. et Struillou Y., Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle » ?, RFD adm. 2010, p. 1169 et s.
- (2) Mme David parle justement à cet égard d'une « homonymie regrettable » (David C., La loi du pays calédonienne. Éléments juridiques et politiques, in La « loi du pays » en Polynésie française, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 30).
- (3) David C., *op. cit.*, p. 21 et s.
- (4) Parfaitement commenté et présenté par : Bourget R., À propos de deux spécificités juridiques polynésiennes : les notions de « ? loi du pays ? » et de motion constructive de renvoi budgétaire, RF fin. publ., 120/2012, p. 149 et s.
- (5) Respectivement selon les mots du conseiller d'État Remi Keller (Le recours juridictionnel spécifique de la « loi du pays », in La « loi du pays » en Polynésie française, *op. cit.* ; p. ? 69) et du professeur Jean-Paul Pastorel (Le champ de compétences de la « loi du pays » en Polynésie française, in La « loi du pays » en Polynésie française ; *op. cit.*, p. ? 101).
- (6) À cet égard : Jan P., L'Outre-mer entre mimétisme et spécificité constitutionnels (à propos des lois du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française), LPA 2004, n° 154, p. 3 et s.
- (7) Les communications de l'exceptionnel ouvrage précité sur les « lois du pays » polynésiennes insistent en effet sur ce point important : certes, il ne s'agit pas d'une « loi » au sens habituel mais la « loi du pays » par ses aspects formels et « son champ de compétence emprunté au domaine traditionnel du Parlement » semble être bien plus qu'un « simple » décret. Il est alors à souhaiter pour la Polynésie, et nous sommes de ceux-ci, que ladite « loi » devienne, selon le bon mot du recteur Debene, une « loi sans guillemets ».

- (8) Cf. Dir. Cons. CE n° 77/187, 14 févr. 1977, révisée par la directive 98/50 du 29 juin 1998 et actuellement intégrée à la directive 2001/23 du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises ; voir également Communication interprétative Comm. CE, 15 oct. 2001, n° COM(2001) 566 final.
- (9) Il s'agissait jadis de l'article L. 122-12 du Code du travail à propos duquel on se permettra de renvoyer à : L'article L. 122-12 (al. 2) du Code du travail confronté au droit public, AJFP sept. 2006, p. 172 et s.
- (10) Le professeur Chirez a d'ailleurs démontré qu'en droit du travail, la Polynésie française pouvait désormais - par ces « lois du pays » - particulièrement innover : « Lois du pays » et droit du travail, in La « loi du pays » en Polynésie française, op. cit., p. 135 et s.
- (11) On rappellera en effet que depuis près d'une dizaine d'années déjà la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 a mis en place de tels contrats. Il est donc très étonnant que la Polynésie n'y ait pas songé.
- (12) En ce sens, voyez la décision n° 84-378 DC par laquelle le Conseil constitutionnel a considéré « qu'aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prévoir que les statuts particuliers de certains corps de fonctionnaires pourront autoriser le recrutement d'agents sans concours et qu'aucune disposition de la loi ne saurait être interprétée comme permettant de procéder à des mesures de recrutement en méconnaissance de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » (cons. 10). À titre personnel, nous le regrettons car l'article 6 précité nous semble précisément suffisamment engageant pour permettre une telle reconnaissance.