



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

TRANSFORMATION DE LA FONCTION PUBLIQUE : JUSQU'OUÀ ALLER DANS LE RAPPROCHEMENT AVEC LE DROIT DU TRAVAIL ?

ISABELLE DESBARATS

Référence de publication : Droit social 2020 p.220

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

TRANSFORMATION DE LA FONCTION PUBLIQUE : JUSQU'OUÙ ALLER DANS LE RAPPROCHEMENT AVEC LE DROIT DU TRAVAIL ?

Élargissement du recours au contrat, individuel et collectif ; réforme des instances de dialogue social ; portabilité des droits ; accroissement des mobilités et accompagnement des transitions professionnelles... Demain, les agents publics seront-ils logés à la même enseigne que les salariés du secteur privé ?

Véritable serpent de mer, l'objectif de réduction du nombre de fonctionnaires vient, une nouvelle fois, d'être révisé à la baisse. En effet, alors que le candidat Macron s'était engagé à supprimer 120 000 postes de fonctionnaires sur la durée du quinquennat, l'ambition du président a été réduite dans un contexte marqué par la crise des « gilets jaunes » et un ralentissement de l'économie. Récemment dévoilé par le ministre de l'Action et des Comptes publics, le nouvel objectif vise la suppression de 85 000 postes d'agents publics d'ici à 2022, dont 15 000 dans la fonction publique d'État (FPE) (et non plus 50 000) et 2000 en 2020 (1).

Ce changement de cap est cependant à mettre en miroir avec l'adoption de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 dite « de transformation de la fonction publique », validée dans son ensemble par une décision du Conseil constitutionnel du 1er août 2019 (2) et qui introduit plusieurs mesures emblématiques d'application immédiate, ainsi que des changements majeurs devant entrer en vigueur courant 2020. Parmi les premières, on peut ranger la suppression des régimes dérogatoires à la durée légale du travail en vigueur dans certaines collectivités territoriales, la réglementation de la grève dans certains services publics territoriaux, la suppression du jour de carence pour maladie des femmes enceintes ou encore le dispositif rénové de prise en charge des fonctionnaires momentanément privés d'emploi, afin d'encourager leur retour à l'emploi.

Quant aux seconds changements, ils sont tels qu'ils autorisent à se demander si, demain, va s'opérer le « changement de modèle » (3) annoncé par le Comité action publique 2022, à moins que les transformations visées constituent, davantage qu'une véritable « révolution », une simple étape

dans un processus déjà en cours. Dit autrement - et alors qu'en Europe, la France est souvent considérée comme une adepte du statu quo, voire à la traîne concernant l'évolution des modèles de fonction publique -, cette loi du 6 août 2019 démontre-t-elle le contraire ? Une approche nuancée s'impose.

En effet, d'un côté, c'est d'un simple approfondissement de mouvements connus qu'il semble être question puisque le texte ne paraît que prolonger une logique de privatisation, voire de « travaillisation », du droit de la fonction publique enclenchée depuis maintenant plusieurs années (loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, et à la lutte contre les discriminations ; loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie des fonctionnaires ; loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté ; loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique...) (I).

Pour autant, ce n'est pas seulement d'un renforcement de tendance qu'il s'agit, puisque, d'un autre côté, cette loi semble receler des risques de rupture, liés aux nouveaux usages qui vont être faits du contrat, individuel et surtout collectif (II).

Au surplus, c'est pour une autre raison que cette loi suscite des impressions nuancées : en effet, répond à sa dimension managériale, un certain progrès social dont témoignent, par exemple, le volet égalité professionnelle entre femmes et hommes (4) ainsi que celui relatif à la politique d'emploi des personnes handicapées.

I. - Des changements dans la continuité

Si l'on ne saurait nier que la loi du 6 août 2019 s'inscrit dans le prolongement d'un mouvement, désormais ancien (5) mais continûment analysé (6), « d'adaptation » (7), de « banalisation » (8), de « privatisation » (9), « d'hybridation » (10), voire de « travaillisation » (11)

du droit des fonctions publiques, à moins qu'il ne s'agisse de sa simple « normalisation » (12), elle renforce cependant considérablement ces tendances, comme l'illustrent ces deux évolutions : d'une part, une refonte des instruments du dialogue social directement inspirée des réformes Macron, que le Conseil constitutionnel a jugée respectueuse du principe de participation au motif, peut-être, qu'elle traduit une « réorientation de ce dialogue vers les décisions stratégiques de gestion » (13) (A) ; d'autre part, une accentuation du glissement d'un système de carrière vers une logique d'emploi, comme l'illustre l'intérêt porté aux transitions professionnelles, placées au coeur de la réforme (B).

A - Une refonte des instruments du dialogue social inspirée des réformes Macron

Aux mêmes maux, les mêmes remèdes : tel est le fil conducteur qui paraît avoir guidé le législateur dans son objectif de réforme du dialogue social au sein des fonctions publiques. En effet, de même que c'est un souci de simplification et d'amélioration de ce dialogue qui l'avait poussé à refondre les instances de représentation dans le secteur privé, c'est au nom des mêmes objectifs que celles-ci viennent d'être réformées dans le secteur public. Ainsi a-t-il été résolu, face à une multitude d'instances (22 000 selon la Direction générale de l'administration et de la fonction publique) et à des répartitions de compétences jugées complexes et génératrices d'insécurité juridique pour les employeurs publics, de procéder à une fusion des instances préexistantes, dans une logique clairement inspirée du droit du travail.

C'est ainsi qu'à compter du prochain renouvellement des instances dans les trois fonctions publiques prévu en décembre 2022, une instance unique, dédiée aux sujets collectifs, sera créée, qui sera dénommée « comité social d'administration » dans la FPE ; « comité social territorial » dans la fonction publique territoriale (FPT) et « comité social d'établissement » dans la fonction publique hospitalière (FPH), et qui se substituera aux comités techniques et comités d'hygiène, de

sécurité et des conditions de travail (CHSCT) : poursuivant le parallèle, le législateur de 2019 prévoit, à l'instar de celui de 2017 (14), qu'une formation spécialisée en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail devra être instituée au sein du comité, dans des conditions d'effectif cependant différentes (200 dans le secteur public contre 300 dans le privé). En outre et peut-être plus notablement encore, c'est une modification du rôle attendu des représentants du personnel qui accompagne cette refonte institutionnelle : un changement à relier à celui apporté aux règles relatives aux compétences des commissions administratives paritaires (CAP). En effet, alors que celles-ci étaient jusqu'à présent consultées sur la plupart des décisions individuelles affectant la carrière d'un fonctionnaire (titularisation, notation, promotion ou les mutations), la loi de 2019 prévoit que l'avis préalable de la CAP est supprimé en matière de mutation et de mobilité (à compter du 1er janv. 2020) et en matière d'avancement de grade et de promotion interne (à compter du 1er janv. 2021). Conséquence ? Sauf exceptions, les CAP ne connaîtront plus que des décisions individuelles défavorables, les employeurs publics étant en contrepartie chargés de fixer les nouvelles lignes directrices de gestion destinées à définir des orientations générales en matière de mobilité, de promotion et de valorisation des parcours professionnels des agents (art. 14). Demain, ces nouveaux outils de pilotage des ressources humaines joueront donc un rôle majeur puisque appelés à déterminer « la stratégie pluriannuelle de pilotage des ressources humaines, notamment en matière de GPEC [gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences], [ils] fixeront notamment les orientations générales en matière de promotion et de valorisation des parcours » (pour les trois fonctions publiques, et, dans chaque administration, collectivité ou établissement). Il s'agit là d'outils « conçus pour guider les employeurs publics dans leurs prises de décision » (15) et qui seront soumis à la consultation des comités sociaux, ainsi susceptibles de devenir des instruments de management social, à moins que l'on ne soit ici en présence d'une illustration du principe de participation. Clairement et comme dit précédemment, l'objectif est en effet de réorienter « le dialogue social vers les orientations stratégiques de gestion, [pour] mettre fin aux rigidités [...] constatées dans la gestion des situations individuelles et, par là même, renforcer les responsabilités de chacun en permettant que l'activité des CAP soit davantage centrée sur l'examen approfondi des situations individuelles qui le nécessitent le plus » (16). On comprend ainsi pourquoi ni le Conseil d'État ni le Conseil constitutionnel n'ont estimé que la nouvelle architecture méconnaissait le principe de participation, puisque - destinées, non seulement à

reprendre les compétences jusque-là exercées par les comités techniques et les CHSCT, mais également à être consultées sur les lignes directrices de gestion -, les nouvelles instances devraient être plus étroitement associées qu'avant à la prise de décision des employeurs publics. L'analyse, cependant, ne saurait occulter les autres objectifs poursuivis par la loi : à savoir, l'octroi de plus larges marges de manoeuvre aux employeurs publics, via ces fameuses lignes directrices de gestion, dont le contenu variera selon les trois versants et dont l'émergence confirme le développement droit « souple », y compris dans le droit de la fonction publique (17). Selon le Conseil d'État, il importe que le Gouvernement veille « dans la rédaction puis la mise en oeuvre (de ces dispositifs), à préserver (leur) souplesse, (...) au risque, sinon, de faire émerger à nouveau les rigidités de gestion auxquelles le Gouvernement entend mettre fin » (18).

Cela étant, cette refonte des acteurs, des processus et des modalités du dialogue social, inspirée des approches managériales en vigueur dans les organisations privées, ne constitue pas le seul exemple de rapprochement des régimes du travail applicable au sein de celles-ci et, désormais, dans les fonctions publiques : un autre réside dans l'accentuation du glissement d'un système de carrière vers une logique d'emploi, reflété notamment par la place octroyée aux transitions professionnelles.

B - Les transitions professionnelles au coeur de la réforme

Alors qu'en France, la fonction publique est traditionnellement organisée selon le système de la carrière, nombreuses sont les dispositions, dans la loi du 6 août 2019, destinées à favoriser la mobilité des agents publics, qu'ils soient ou non fonctionnaires, et à accompagner leurs transitions professionnelles. Sans s'appesantir pour l'instant sur l'assouplissement du recrutement par contrat (19), le texte contient ainsi plusieurs dispositifs destinés, soit à fluidifier/flexibiliser les parcours professionnels (1), soit à les « sécuriser » (2), dans cette logique de « fléxi-sécurité » au nom de laquelle les droits du travail continuent, aujourd'hui encore, d'être réformés en Europe et notamment en France. À l'évidence, cette source d'inspiration commune explique le sentiment de «

déjà-vu » ressenti par le privatiste à la lecture de certaines dispositions de la loi Dussopt.

1. Inspirés de la « fléxi-sécurité » à la française, ce sont, d'abord, deux dispositifs marqués, dans une logique managériale, par des objectifs d'individualisation et de souplesse des parcours qui font leur entrée dans la fonction publique : des dispositifs dont le recours est de nature à faire des agents publics les « acteurs de leurs parcours professionnels » (20), comme les salariés du privé sont censés le devenir pour le leur. Il s'agit du mécanisme de la portabilité des droits et de celui de la rupture conventionnelle, tous deux destinés à favoriser la mobilité des agents publics.

Première mesure rendue nécessaire par la monétisation des droits à la formation introduite, pour les salariés, par la loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 : une modification des règles applicables au compte personnel de formation afin de garantir la portabilité des droits liés, en cas de mobilité entre les secteurs public et privé (art. 58). En effet, pour faciliter celle-ci, la loi introduit de nouvelles règles destinées à pallier le fait que la conversion des droits se fait en fonction d'unités différentes, selon qu'il s'agit de droits acquis dans le secteur privé (en euros) ou bien dans le secteur public (en heures). Ce faisant et ainsi que souligné par le Conseil d'État, « cette mesure, qui maintient les particularités de chaque régime justifiées par les différences de situation entre [secteurs public et privé], neutralisera leurs effets éventuellement dissuasifs sur les passages [de l'un vers l'autre] et favorisera des parcours professionnels plus divers », une question restant en suspens : celle de savoir comment, concrètement, s'opérera une telle convertibilité en euros des droits acquis au titre d'une activité dans le secteur public lorsque l'agent partira exercer une activité dans le privé et, en sens inverse, en heures des droits acquis au titre d'une activité régie par le droit du travail.

Une certitude en tout cas : cet assouplissement des règles est, plus globalement, à mettre en lien avec la facilitation des mobilités non seulement extra- mais aussi intra-fonctions publiques recherchée par la loi de 2019, comme l'illustrent les deux évolutions suivantes. D'abord, l'expression d'un soutien à la mobilité des fonctionnaires de l'État vers les versants territorial et hospitalier, via un alignement de la contribution patronale pour pensions due par l'employeur d'accueil sur celle qu'il supporterait en recourant à un agent de son versant. Ensuite, dans la lignée

de la loi Sauvadet du 12 mars 2012, l'instauration de la portabilité du contrat à durée indéterminée (CDI) entre les trois versants de la fonction publique (21), afin, d'une part, d'enrichir le « vivier » de recrutement des employeurs publics et, d'autre part, d'améliorer les perspectives de carrière des contractuels.

Deuxième mesure instaurée pour favoriser la mobilité des agents publics : la création d'un mécanisme de rupture conventionnelle, ici encore directement inspiré du droit du travail mais particulièrement étonnant eu égard à la situation réglementaire dans laquelle se trouvent ses bénéficiaires potentiels. Ainsi, pour assouplir les modalités de sorties de la fonction publique, le législateur de 2019 a décidé d'en créer une nouvelle, s'ajoutant aux dispositifs classiques que sont l'admission à la retraite, la démission, la révocation, l'abandon de poste, ou encore le licenciement. À l'avenir, les contractuels en CDI ainsi que certains fonctionnaires titulaires relevant des trois versants (à compter du 1er janv. 2020 et jusqu'au 31 déc. 2025) pourront être concernés par ce nouveau mode de rupture dont le champ et les conditions viennent d'être précisés par décret (22) et qui leur ouvrira certains droits. En effet, si le recours au dispositif entraînera, pour les fonctionnaires, la radiation des cadres et la perte de leur qualité de fonctionnaires et, pour les agents contractuels, la fin de leur contrat, ce dispositif permettra à tous de bénéficier des allocations chômage si les conditions en sont remplies (23), ainsi que d'une indemnité spécifique de rupture dont les règles de calcul viennent d'être fixées par décret (24). Clairement, l'avènement de ce nouveau dispositif, qui était jusque-là inconnu d'un droit des fonctions publiques traditionnellement peu ouvert au jeu contractuel (25), permet de répondre ainsi à deux types de demandes : celles de certains employeurs publics exprimant des besoins de souplesse relativement aux modalités de départs ; celles d'un gouvernement ayant révisé à la baisse ses objectifs mais restant soucieux de réduire les effectifs publics. Cela étant, deux spécificités du dispositif, calqué sur celui du secteur privé (26) sans pour autant en constituer le clone, doivent être relevées. D'abord, l'absence de toute procédure d'homologation, contrairement aux exigences posées par le droit du travail, ce qui interdit tout contrôle opéré par une autorité extérieure. Ensuite, la présence d'une éventuelle obligation de remboursement de l'indemnité en cas de nouveau recrutement dans la fonction publique. Envisagées conjointement, ces deux particularités de la rupture conventionnelle ne risquent-elles pas de freiner l'objectif de mobilité recherché par la loi de 2019 ?

2. En tout état de cause, si, d'un côté, sont instaurés des dispositifs censés flexibiliser les trajectoires des agents publics, on observe d'un autre la création de mécanismes destinés à sécuriser les transitions professionnelles en cas de restructuration. En ce sens, la création d'un dispositif d'accompagnement des agents de la FPE et de la FPH dont l'emploi est supprimé (art. 75), et qui comprend un accompagnement personnalisé dans l'élaboration et la mise en oeuvre d'un projet professionnel, ainsi que la création d'un congé de transition professionnelle destiné à favoriser l'accès à des formations nécessaires à l'exercice d'un nouveau métier. À noter que la loi crée également un mécanisme de détachement automatique pour les fonctionnaires concernés par l'externalisation de leur activité vers une personne morale de droit privé ou un service public industriel et commercial (SPIC), en prévoyant que leur nouvelle rémunération ne pourra pas être inférieure, d'une part, à celle qu'ils percevaient antérieurement et, d'autre part, à celle perçue, pour les mêmes fonctions, par les salariés de l'organisme d'accueil (art. 76).

Clairement, les maîtres mots du management des organisations privées - mobilités, transitions, individualisation, flexibilité... - migrent ainsi vers le secteur public, conduisant à l'identification de nouveaux leviers managériaux auxquels les administrations devront recourir conformément aux nouvelles lignes directrices de gestion créées par la loi. Cela étant, tant s'en faut que la loi de 2019 opère seulement des changements dans la continuité, en vue d'un rapprochement accru avec le secteur privé. C'est un autre rapport au contrat - individuel et collectif - qu'elle met également en place : une évolution aux effets peut-être plus détonants qu'il n'y paraît.

II. - Risques de rupture - Des effets potentiellement subversifs du recours aux contrats

Si la place conférée au contrat au sein des fonctions publiques constitue une thématique centrale du nouveau dispositif, force est de relever qu'il est plus précisément question de deux sortes de contrats - contrat individuel (A) versus contrat collectif (B) - dont les impacts respectifs

et potentiels sont à différencier.

A - Aujourd'hui - Un recours croissant au contrat individuel au détriment du statut ?

Comme tous le soulignent, c'est bien évidemment le recours aux contrats individuels que la loi de 2019 a d'abord souhaité faciliter dans les trois fonctions publiques et pour toutes les catégories d'emplois, alors que les contractuels représentent déjà près de 18 % des effectifs publics (27) : un choix qui, cependant, ne semble pas seulement confirmer un mouvement enclenché depuis 2005 mais qui, peut-être, pourrait conduire à une sorte de rupture. En effet, s'il est certain que le recours au contrat dans le secteur public constitue « une vieille question neuve », on peut cependant estimer que, jusqu'à la loi Dussopt, l'objectif poursuivi était au moins autant celui d'une « CDIisation » des relations contractuelles qu'une contractualisation croissante dans ce secteur : un objectif notamment reflété par la loi Sauvadet qui avait souhaité lutter contre la précarisation dans le secteur public en facilitant, non seulement l'accès au statut de fonctionnaire des agents contractuels, mais aussi le recours au CDI (28).

Or telle ne semble pas être la démarche que le législateur de 2019 a entendu privilégier puisque, davantage que de « CDIisation », c'est d'un recours accru aux CDD qu'il est désormais question : un changement de perspective confirmé par le refus réitéré d'admettre une transformation de ces contrats en CDI (ou en titularisation) (29). C'est ainsi que la loi de 2019 reflète un lourd processus de contractualisation au point de justifier des interrogations sur la pérennité du statut (1). Il faut cependant noter qu'en contrepartie d'un reflux du CDI, la loi tente d'améliorer le statut de certains contractuels sous contrat à durée déterminée (CDD), afin que contractualisation ne soit pas synonyme de précarisation (2).

1. Validées dans leur ensemble par le Conseil constitutionnel parce que ne méconnaissant pas le

principe d'égal accès aux emplois publics (30), nombreuses sont les dispositions facilitant le recrutement par contrat, tout particulièrement en CDD.

C'est ainsi, que, dans les trois versants et selon des modalités différentes, la loi élargit le recours au contrat pour les « emplois de direction », lesquels, dans la fonction publique de l'État (et de ses établissements publics), vont se substituer aux « emplois supérieurs laissés à la décision du gouvernement », dans des conditions qui viennent d'être fixées par décret (31). Dans la territoriale, l'article 16 de la loi abaisse le seuil de recrutement de contractuels sur des emplois fonctionnels dans les communes et établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) de plus de 40 000 habitants au lieu des 80 000 exigés jusque-là. Quant à la FPH, le recours au contrat - déjà ouvert aux directeurs d'établissements sanitaires sociaux ou médico-sociaux - concerne désormais les autres « emplois supérieurs hospitaliers » (adjoint au directeur, directeur de service central).

Pour sa part, l'article 17 de la loi institue - également dans les trois versants - un contrat de projet ouvert à toutes les catégories hiérarchiques, destiné à pourvoir un emploi non permanent ne pouvant, de ce fait, être occupé par des fonctionnaires en activité, en vue de mener à bien une opération ou un projet déterminé, pour une durée limitée à celle de l'opération ou du projet. Ce contrat, dont l'échéance est la réalisation du projet ou de l'opération, pourra être conclu pour une durée minimale de un an et maximale de six ans, renouvellement compris. Il prendra fin après un délai de prévenance fixé par décret, n'ouvrira pas droit à une titularisation consécutive, mais pourra s'accompagner du versement d'une indemnité spécifique de fin de contrat de projet lorsque celui-ci ne pourra pas se réaliser ou en cas de rupture anticipée. À noter que, comparé au contrat de chantier et d'opération rendu accessible à tous les secteurs d'activité par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept 2017, le contrat de projet s'en distingue cependant. En effet, celui-ci est un CDD alors que son homologue du secteur privé est un CDI, dont les règles de fonctionnement sont fixées par voie conventionnelle (C. trav., art. L. 1223-8).

S'agissant de la FPE, l'article 3 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État est modifié afin d'ouvrir les emplois des établissements publics de l'État indifféremment aux fonctionnaires et aux contractuels, sauf exceptions. Par

ailleurs, l'article 18 étend le recrutement par contrat à la majorité des emplois permanents, notamment, pour toutes les catégories, lorsque l'emploi fait appel à des compétences techniques spécialisées ou nouvelles, ou lorsque la procédure de recrutement d'un fonctionnaire présentant l'expertise ou l'expérience professionnelle requise s'est révélée infructueuse. À noter que, selon les cas, les agents peuvent être recrutés sur un contrat à durée indéterminée.

Dans la FPH, l'article 19 redéfinit les cas de recours au contrat pour les besoins temporaires, dans une logique d'harmonisation des règles applicables dans les trois versants, l'objectif étant de mieux cerner ce qui relève du besoin occasionnel ou ponctuel.

Quant à la FPT (art. 21), le recours au contrat devrait y être amplifié puisque, désormais et par dérogation au principe de l'occupation des emplois permanents par des fonctionnaires, il sera possible d'y recourir, d'une part, quelle que soit la catégorie (A, B ou C), lorsque « les besoins des services ou la nature des fonctions le justifient » ; d'autre part, pour pourvoir des emplois permanents, sans conditions particulières, pour les communes de plus de 1 000 habitants et les groupements de communes de plus de 15 000 habitants, quelle que soit la quotité de travail ; enfin, pour tous les autres employeurs territoriaux, « lorsque la quotité de travail est inférieure à 50 % ».

En outre, les centres de gestion peuvent mettre à disposition des collectivités territoriales des agents contractuels pour les affecter à des missions permanentes à temps complet ou non complet.

Dans ces conditions, est-ce à dire qu'une remise en cause du statut ne peut que résulter de cet expansionnisme contractuel ? Faut-il croire que, « jusqu'ici armature d'une fonction publique de carrière, le statut général [est] en sursis ? » (32). Alors qu'une réponse positive s'impose pour certains, tel n'est pas le cas pour les promoteurs de la réforme pour lesquels on assiste plutôt à l'émergence d'un « statut modernisé, adapté aux [...] nouveaux besoins de la société et qui renoue avec la promesse républicaine d'un service public pour tous » (33). En tout état de cause et alors qu'il est connu que les agents de droit public sont dotés d'un régime juridique hybride et fragmenté, reposant sur des emprunts au droit du travail, via les principes généraux du droit du travail, c'est un objectif d'amélioration de ce statut que le législateur semble poursuivre, imparfaitement selon

certain.

2. Une nouvelle fois inspiré du droit du travail (C. trav., art. L. 1243-8), c'est par le biais d'une prime de précarité pour les CDD courts, instituée au bénéfice de certains agents contractuels des trois versants, que le gouvernement a, en effet tenté, par voie d'amendement, de consolider les droits de ces agents : une mesure destinée à contrebalancer les nouvelles marges de manoeuvre offertes aux employeurs publics dans leurs processus de recrutement mais dont certains doutent qu'elle soit à la hauteur des enjeux, en raison de sa portée restreinte. En effet, cette prime de fin de contrat concerne uniquement les agents terminant un CDD d'une durée inférieure ou égale à un an, sans être renouvelé. En sont exclus les contrats conclus pour faire face à un besoin saisonnier ainsi que les contrats de projet. Certes, le nombre d'agents potentiellement concernés semble important, « puisque 68 % des contractuels en CDD dans la fonction publique ont un contrat d'une durée inférieure à un an, selon l'Insee » (34). Reste que le respect d'une seconde condition d'accès au dispositif pourra restreindre ce nombre. En effet, encore faudra-t-il que la rémunération globale brute prévue dans ces contrats soit inférieure à un certain plafond fixé par décret. Au surplus, la volonté affichée de lutter contre la précarité dans le secteur public paraît d'autant plus fragilisée que l'entrée en vigueur du dispositif est retardée au 1er janvier 2021.

Cela étant, le développement du recours aux contrats individuels, contrebalancé par des tentatives d'amélioration des droits de leurs titulaires, ne constitue pas le seul objectif de la loi du 6 août 2019. Un autre réside dans la volonté de favoriser le jeu des contrats collectifs : une évolution dont les effets risquent d'être imprévisibles.

B - Demain - Un recours aux contrats collectifs en lieu et place de la loi ?

Demain - et peut-être davantage encore que celle du contrat individuel - c'est la place du contrat collectif dans les droits de la fonction publique qui devrait susciter, en effet, une attention

particulière. La raison en est que, si plusieurs demandes d'habilitation du Parlement ont été sollicitées pour permettre au gouvernement de prendre, par ordonnances, diverses mesures dans le champ de la fonction publique (35), l'une d'elles suscite un intérêt notable. Il s'agit de celle l'autorisant à prendre les dispositions requises pour favoriser la conclusion d'accords, via une définition des autorités compétentes pour négocier avec les organisations syndicales de fonctionnaires, ainsi que des domaines de négociation. L'objectif est également de mieux identifier les modalités d'articulation entre les différents niveaux de négociation (notamment ministériel et déconcentré) ainsi que les conditions dans lesquelles des accords locaux pourront être conclus en l'absence d'accords nationaux. Enfin, il s'agit d'identifier les cas et les conditions dans lesquels les accords majoritaires disposeront d'une portée ou d'effets juridiques.

Certes, on sait qu'une impulsion de la négociation collective dans les fonctions publiques a été recherchée par les accords de Bercy du 2 juin 2008 (36) ainsi que par la loi du 5 juillet 2010 : s'inscrivant dans la continuité de celle du 20 août 2008, cette loi de 2010 a élargi le champ de la négociation dans la fonction publique à tous les domaines, au-delà des seules questions salariales, et précisé les critères déterminant les conditions de validité d'un accord (37). Reste qu'en dépit de ces innovations, le nombre d'accords conclus est demeuré limité « tant au niveau national que local », et qu'« au niveau inter-fonctions publiques, seuls quatre accords ont été conclus » (38). En cause, selon le gouvernement : une « trop forte centralisation de la décision administrative, l'absence de portée normative des accords conclus, [ainsi que] la faible place de l'échelon de proximité » (39).

C'est dans ce contexte que, sur le fondement de l'article 14 de la loi Dussopt et en amont de l'élaboration du projet d'ordonnance, a été lancée une mission relative à la négociation collective (40), chargée d'identifier les pistes susceptibles de favoriser un « développement de la négociation au sein de la fonction publique [permettant de] définir, avec les agents et leurs représentants, les solutions collectives les plus adaptées aux enjeux des territoires et des services publics », une telle négociation collective pouvant conduire à une « [responsabilisation de] l'ensemble des acteurs du dialogue social et [à une amélioration significative de] la gestion des ressources humaines et [des] conditions de travail dans la fonction publique » (41) : des objectifs de réforme dont, cependant,

les effets potentiels ne sauraient être minimisés pour deux raisons combinées.

D'abord, c'est un véritable « retournement » (42) du droit positif qui pourrait en résulter puisque, jusque-là, aucune disposition légale ne conférait une valeur normative aux accords négociés avec les représentants des agents publics. Rappelons en effet que la religion du juge administratif était jusqu'à présent bien établie : aucune force contraignante ne saurait être accordée à ce type d'accords, ne revêtant donc qu'une valeur morale ou politique (43) ; seuls le vote d'une loi ou l'adoption d'un décret peuvent leur donner une valeur juridique, le législateur n'étant, de surcroît, aucunement lié par le contenu de l'accord et pouvant refuser de consacrer toutes les dispositions conventionnelles. Dès lors, rompant avec cette approche, l'objectif serait de « permettre, dans certains cas, de conférer une valeur juridique aux engagements que l'administration a pris dans le cadre de négociations sous forme d'accords majoritaires à la suite d'une procédure d'approbation par le pouvoir réglementaire » (44). Il s'agirait, autrement dit, d'octroyer aux accords en remplissant les conditions dans les domaines identifiés, « une valeur juridique supérieure à une simple déclaration d'intention comme c'est le cas actuellement » (45), la conclusion de ces nouveaux objets juridiques, à l'interface entre actes réglementaire et conventionnel, devant être de surcroît facilitée aux niveaux national et local.

Pour autant - second aspect -, si cet objectif de promotion de la négociation dans la sphère publique rejoint celui poursuivi dans le secteur privé, jusqu'où ce parallélisme peut-il/doit-il aller ? On touche là à un aspect central de « mise au centre du jeu des accords négociés » (46), qui tient à l'identification de leur place dans l'architecture des normes.

En effet, et alors que les accords négociés dans la sphère publique sont appelés à jouer un rôle notable puisque dotés d'une force juridique, quelles seront les modalités de leur intégration dans la hiérarchie des normes légales et conventionnelles ? Faut-il s'attendre à des débats sur cette hiérarchie, semblables à ceux ayant enflammé le secteur privé lors de l'adoption de la loi El Khomri et de la réforme Macron (47) ? Si tel était le cas, c'est bien d'une évolution « potentiellement révolutionnaire » (48) qu'il faudrait parler. Et il s'agit là d'une éventualité à ne pas exclure d'emblée si l'on en juge par les propos des rédacteurs de la lettre de mission précédemment

évoquée, selon lesquels un « comparatif avec le régime applicable en droit du travail pourra utilement éclairer les conditions visant à octroyer une portée juridique aux accords majoritaires dans certains cas qu'il importe de définir, sous réserve de dispositions statutaires dites "d'ordre public" ». Est-ce à dire que, au-delà, on pourrait retrouver, dans le secteur public, le fameux « triptyque » : dispositions d'ordre public/dispositions conventionnelles/dispositions supplétives ?

- (1) M. Landré, Darmanin officialise l'abandon de la suppression de 120 000 postes de fonctionnaires d'ici 2022, www.lefigaro.fr, 24 juill. 2019.
- (2) Cons. const., 1er août 2019, n° 2019-790 DC, Loi de transformation de la fonction publique, AJDA 2019. 1669 ; AJFP 2019. 322, et les obs. ; AJCT 2019. 364, obs. M. Firoud.
- (3) A. Zarca, Contractualisation(s) et transformation de la fonction publique : de la sédimentation à la disruption, AJFP 2019. 125.
- (4) V. Décr. n° 2019-1561, 30 déc. 2019, modifiant le décret n° 2012-601 du 30 avr. 2012 relatif aux modalités de nominations équilibrées dans l'encadrement supérieur de la fonction publique, pris pour l'application de l'art. 82 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique.
- (5) V., J. Rivero, Vers la fin du droit de la fonction publique ?, D. 1947. Chron. 149. ; Droit public et droit privé : conquête ou statu quo ?, D. 1947. Chron. XVIII, p. 69.
- (6) A. Le Pors et M. Pochard, Faut-il rapprocher les statuts d'agents publics et de salariés ?, RDT 2010. 144 ; E. Marc et Y. Struillou, Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle » ?, RFDA 2010. 1169 ; F. Melleray, Code du travail et personnes publiques, AJDA 2008. 855 ; Y. Struillou, Droit du travail - droit public : des interactions aux effets paradoxaux, Sem. soc. Lamy 2011. 1508.
- (7) J.-M. Lemoyne de Forges, L'adaptation de la fonction publique française au droit communautaire, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2003.
- (8) J. Bourdon, Vers une banalisation du droit de la fonction publique ?, AJFP 2005. 284.
- (9) D. Jean-Pierre, La privatisation du droit de la fonction publique, JCP Adm. 2003. 1672.
- (10) M. Sweeney, Droit du travail et des fonctions publiques : vers une hybridation ?, RLCT 2012,

n° 81.

(11) M. Touzeil-Divina, « Travaillisation » ou « privatisation » des fonctions publiques ?, AJFP 2010. 228.

(12) M. Pochard, Les implications de la libre circulation : plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique, AJDA 2003. 1906.

(13) Conseil d'État, Avis sur un projet de loi de transformation de la fonction publique, 27 mars 2019.

(14) Ord. n° 2017-1386, 22 sept. 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social dans les entreprises et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales.

(15) Conseil d'État, avis préc.

(16) Conseil d'État, avis préc.

(17) Décr. n° 2019-1265, 29 nov. 2019.

(18) Conseil d'État, avis préc.

(19) V. infra.

(20) J. Fialaire, La mobilité et les transitions professionnelles dans la loi de « transformation » de la fonction publique, AJFP 2019. 258

(21) Art. 71.

(22) Décr. n° 2019-1593, 31 déc. 2019, relatif à la procédure de rupture conventionnelle dans la fonction publique.

(23) C. trav., art. L. 5424-1 s.

(24) Décr. n° 2019-1596, 31 déc. 2019, relatif à l'indemnité spécifique de rupture conventionnelle dans la fonction publique et portant diverses dispositions relatives aux dispositifs indemnitaires d'accompagnement des agents dans leurs transitions professionnelles. Tirant les conséquences de l'instauration de cette indemnité spécifique de rupture conventionnelle, ce décret abroge également, à compter du 1er janv. 2020, l'indemnité de départ volontaire pour création ou reprise d'entreprise existante dans la FPE et la FPT ainsi que l'indemnité de départ volontaire pour projet personnel dans la FPT.

(25) « Considérant que les dispositions de l'article 46 du décret du 15 février 1988 [relatives aux indemnités de licenciement précitées] présentent un caractère d'ordre public ; que, par suite, une collectivité territoriale ou un établissement public en dépendant ne saurait légalement s'en écarter en concluant avec un agent non titulaire un contrat prévoyant des modalités différentes de calcul de

l'indemnité de licenciement » (CE, 14 juin 2004, n° 25096).

(26) Il est notable qu'en 2013, la réponse suivante avait été apportée à la question de savoir si la rupture conventionnelle nouvellement créée pouvait être appliquée aux contractuels de la fonction publique : « Le droit du travail et le droit de la fonction publique poursuivent des objectifs distincts qui justifient que la place laissée à la volonté des parties ne soit pas la même dans la relation contractuelle, notamment au moment de la rupture du contrat. Les dispositions réglementaires relatives à la fin des contrats sont d'ordre public et de ce fait soustraites à la volonté des parties » (Rép. min. Réforme de l'État, de la Décentralisation et de la Fonction publique publiée dans le JO Sénat, 31 janv. 2013. 346).

(27) Insee Première n° 1741, mars 2019.

(28) Loi Sauvadet : plus de 50 000 titularisations de contractuels dans la fonction publique depuis 2013, www.actualitesdudroit.fr, 11 avr. 2018.

(29) S'agissant par exemple des contractuels recrutés pour occuper des emplois de direction dans les trois versants.

(30) Décr. n° 2019-1414, 19 déc. 2019, relatif à la procédure de recrutement pour pourvoir les emplois permanents de la fonction publique ouverts aux agents contractuels.

(31) Décr. n° 2019-1594, 31 déc. 2019, relatif aux emplois de direction de l'État.

(32) J. Fialaire, préc.

(33) G. Darmanin et O. Dussopt, Transformer la fonction publique, 27 mars 2019.

(34) S. Cattiaux, Bientôt des primes de précarité pour les contrats courts dans la fonction publique, infos.emploipublic.fr, 4 juill. 2019.

(35) Protection sociale complémentaire des agents publics ; formation initiale et continue ; gestion de l'inaptitude.

(36) Accords conclus entre le ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, le secrétaire d'État chargé de la Fonction publique et six des huit organisations syndicales représentatives de la fonction publique (CGT, CFDT, FSU, UNSA, Solidaires, CGC).

(37) Étude d'impact, p. 70.

(38) Communiqué de presse, 12 nov. 2019, n° 865.

(39) E. Franck, Lancement d'une mission sur la négociation collective dans la fonction publique, www.lagazettedescommunes.com, 13 nov. 2019.

(40) V. lettre de mission relative à la négociation collective dans la fonction publique, 8 nov. 2019.

(41) Communiqué de presse préc.

(42) A. Zarca, préc.

(43) CE, 27 oct. 1989, n° 102990, Syndicat national des ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation, Lebon

(44) Étude d'impact, p. 79.

(45) Étude d'impact, p. 76.

(46) Selon les termes d'A. Zarca, préc.

(47) Ord. nos 2017-1385 et 2017-1388, 22 sept. 2017.

(48) Selon les termes d'A. Zarca, préc.