

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



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

« *ÉVOLUTION DRAMATIQUE ET REVOLUTION MATHÉMATIQUE* », *LA NÉGATION DU
SERVICE PUBLIC ET LE RETOUR AU « FONCTIONNAIRE CONTRACTUEL »*

MATHIEU TOUZEIL-DIVINA

Référence de publication : Touzeil-Divina, Mathieu (2020) [« *Évolution dramatique ou révolution mathématique : la négation du service public et le retour du fonctionnaire contractuel* »](#). Droit social (n°3). p. 232.

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

« ÉVOLUTION DRAMATIQUE ET REVOLUTION MATHEMATIQUE », LA NEGATION DU SERVICE PUBLIC ET LE RETOUR AU « FONCTIONNAIRE CONTRACTUEL »

L'auteur craint, à court et non à long terme, qu'à la suite de la loi du 6 août 2019 il en soit fini du statut des fonctions publiques françaises. Pour en témoigner, il expose dans cette contribution en quoi selon lui la loi étudiée non seulement opère une révolution mathématique au sens où elle emporterait un retour à une situation antérieure mais encore nie dramatiquement la notion de service public en proposant un fonctionnaire contractualisé.

Droits du travail et des fonctions publiques. Il y a dix ans déjà, on publiait à l'Actualité juridique fonctions publiques(1) une étude intitulée « Entre travaillisation et privatisation » ; à propos des réformes contemporaines du droit des fonctions publiques. Quelques mois plus tard, nous organisons le colloque « Droit(s) du travail et des fonctions publiques : influences, convergences, harmonisations », qui a fait l'objet d'un premier ouvrage(2) et de plusieurs articles filés et appliqués notamment à la spécificité territoriale(3). Par suite, outre plusieurs contributions et notamment la conclusion du très bel ouvrage du camarade Pierre Esplugas-Labatut(4), la thématique de la « travaillisation » des fonctions publiques et - celle parallèle et souvent mésestimée (mais pourtant réelle) - de la publicisation du droit du travail(5) ne nous a jamais vraiment quittés. Il faut en outre rappeler ici qu'entre 1850 et aujourd'hui, le droit du travail s'est « privatisé » mais son étude première a été faite et revendiquée par des publicistes(6). À la faculté de droit de Toulouse où cette conférence fut prononcée, c'est ainsi Henri Rozy, d'abord professeur de droit administratif avant Wallon et Hauriou, qui va écrire et professer la législation industrielle(7). On vit donc - ici encore - un éternel recommencement. Pour s'en convaincre, la lecture de l'article du professeur Louis Delbez à la Revue de droit public est éclairante(8) : le droit du travail matérialise « sur toute la ligne le triomphe du droit public. Seulement, il s'agit d'une sorte de droit public honteux, qui persiste à se dissimuler sous les formules périmées du droit contractuel » ! Il existe en effet un coeur commun et publiciste aux

droits du travail et des fonctions publiques(9) : « La conception - dans les deux cas - inégalitaire du pouvoir patronal de l'employeur qu'il soit public ou privé plaçant l'employé/agent (public et/ou privé) dans une situation exorbitante de celle du contrat égalitaire de droit commun ».

Évolution ou révolution ? Travaillisation ou privatisation ? Peste ou choléra ? Progrès ou dégradation ? Sûrement un peu de tout cela mais il nous faut prendre position. Nous allons donc assumer nos choix puisque c'est l'enjeu de cette première conférence introductive. En l'occurrence, nous voudrions forcer le trait, non pour être caricatural mais pour permettre davantage l'expression des points saillants. Et ceux-ci - depuis près de vingt années désormais - nous semblent clairs et simples (pour ne pas dire basiques pour reprendre un célèbre refrain(10)) à travers les cinq actions et démarches suivantes : une volonté comptable de suppression de services publics et de postes d'agents publics ; un désir égalitariste (et non égalitaire) de supprimer toutes distinctions préexistantes entre travailleurs de droit privé et de droit public ; désir feint derrière une prétention d'Égalité mais niant l'histoire et les raisons des distinguos opérés au préalable ; un appel croissant au contrat de droits privé et public pour remplacer peu à peu (et éliminer à terme rapproché) la figure principale et statutaire(11) du fonctionnaire dans l'emploi public ; une application formelle et méthodologique des référents et des pratiques contractualistes et travaillistes qui dilue le statut des fonctions publiques ; et, *in fine*, une négation même de l'esprit de service public qui innerve pourtant depuis ses origines le droit des agents publics.

Je ne serais donc pas, par mes propos, l'optimiste mais plutôt le pessimiste assumé de service(12).

Alors : évolution ou révolution ? Travaillisation ou privatisation ? Peste ou choléra ? Progrès ou dégradation ? *A priori* ni évolution ni révolution : ni évolution en ce qu'elle traduirait une connotation positive... ou alors évolution dramatique ; ni révolution en ce qu'elle impliquerait un changement considérable vers un nouvel ordre des choses mais peut-être davantage révolution au sens mathématique ou copernicien du terme : un retour au « fonctionnaire contractuel » d'avant les statuts de fonctions publiques.

Une loi politique et liminaire à une destruction annoncée. Avant d'en dire davantage, on voudrait faire état d'un constat liminaire relatif à la loi support de nos débats. Cette norme, sous des apparences de technicité, est un véritable « tract politique(13) » qui confine au «

fonctionnaire *bashing* » et à la trop célèbre et réductrice dénonciation des prétendus privilèges de ces nantis d'agents publics, employés à vie que l'on va « enfin » faire travailler. Cela dit, c'est aussi une loi que l'on peut qualifier d'hypocrite car si elle conduit inéluctablement à la suppression du statut, elle ne l'assume pas alors que cette suppression en est la conséquence évidente au profit non seulement d'une contractualisation (et d'une réduction drastique des corps de fonctions publiques) mais encore d'une privatisation du secteur public. C'est bien la *start-up* Nation entrepreneuriale qui est un modèle privatiste ici visé. Or est là le problème, la Nation n'est pas une entreprise et tout ne peut se gérer sous la seule focale managériale. Cela posé, venons-en aux deux parties esquissées entre évolution dramatique et révolution mathématique.

Une fonction publique transformée et qui a décidément perdu son singulier. Ce n'est certes pas une nouveauté⁽¹⁴⁾ et il est évident, pour quiconque la pratique, que la fonction publique au sens large ne concerne pas les seuls agents, titularisés dans un grade de la hiérarchie administrative, nommés dans un emploi permanent et placés dans une situation légale et réglementaire (pour reprendre les principales caractéristiques de la définition du fonctionnaire aux termes de l'article 2, du titre II du statut général). Ce contentieux de la - ou plutôt des - fonctions publiques est en fait celui d'une multitude de personnels aux statuts et aux conditions diverses : des fonctionnaires *stricto sensu* régis par « le » statut unilatéral, des stagiaires (non encore titularisés), des auxiliaires (recrutés de façon unilatérale également) mais aussi - et de plus en plus désormais du fait de la loi du 6 août 2019 - des contractuels de droit public (en CDD et en CDI⁽¹⁵⁾) mais aussi de droit privé.

De surcroît, il n'y a pas une mais trois fonctions publiques : l'étatique, l'hospitalière et la territoriale. Comment dans cette explosion des cas de figure d'emplois et de situations de personnels continuer à parler de fonction publique au singulier ? Nous comprenons bien le mérite qu'il y avait (et qu'il y a sûrement encore) à prôner de façon performative une fonction publique unie et unique avec quelques principes communs mais force est désormais, croyons-nous, d'assumer la situation : il s'agit du droit des fonctions publiques et même du droit des travailleurs publics et privés.

I. - Évolution dramatique du droit des fonctions publiques : la négation du service public

Objectivité. Mettons de côté dès maintenant, pour plus d'objectivité, les quelques éléments positifs (car ils existent même s'ils sont rares dans le nouveau texte législatif). Signalons en ce sens : la tentative de mise en oeuvre de lutte contre les grèves perlées (art. 56 de la loi) par une réactivation du service public minimum et continu (qui, selon nous, va dans le sens cohérent de la continuité du service public) ; l'ambition (chap. III, art. 31 s.) de rénover la procédure disciplinaire en intégrant notamment les témoins et modifiant les sanctions infligées ; les propositions d'éléments de variabilité en matière de rémunération (art. 28 de la loi - ou 20 du statut de 1983) au mérite (collectif et individuel) des contractuels (ce qui évite de tomber dans l'égalitarisme absolu qui a parfois noyé les fonctions publiques françaises) ; les actions en faveur de la déontologie (avec la fusion de certaines commissions avec la HATPV(16)) et l'article 37 symbolique de la loi imposant la publication des salaires contractuels les plus élevés dans les emplois publics ; l'article 58 du texte sur la portabilité entre fonctions publiques du droit individuel et du compte personnel de formation (le compte personnel de formation - CPF) en cas de mobilité.

Un statut non sacré. Par ailleurs, signalons aussi que nous ne croyons pas un instant à la sacralité du statut républicain de fonction publique en ce qu'il serait immuable. Au contraire, il mérite une adaptation et c'est bien là l'application assumée de la dernière(17) des « lois de Rolland », celle de l'adaptabilité ou de la mutabilité du service. Oui des réformes, des aménagements doivent être faits sous réserve de sclérose. Nous ne sommes donc pas opposés, par définition, par essence, au(x) changement(s).

Cela dit, l'évolution dramatique selon nous que traduit la loi du 6 août 2019 nous semble appuyer notamment deux phénomènes auxquels on est confronté depuis deux décades au moins : le fait que le choix réalisé en matière de fonctions publiques n'ait pas été si concerté (A) et l'absence - affirmons-nous - de prise en compte conséquente et suffisante du service public (B).

A - Un choix non suffisamment concerté

Pour des raisons de place, le présent paragraphe n'est pas publié. Toutefois, il demeure accessible dans sa version « orale » sur le site internet de la conférence dont il est issu(18). Y sont notamment mis en avant les cavaliers législatifs de la loi Dussopt (notamment s'agissant du Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche - Cneser), l'existence du nouveau « comité social » ainsi qu'un questionnement sur le processus de démocratie participative employé.

B - Un service public oublié

La négation des « lois » de Rolland. En affectant les agents du service public, la loi du 6 août 2019 touche nécessairement au service public lui-même. Or ce dernier, nous a appris Louis Rolland, n'est pas régi par un véritable - plein et entier - régime juridique mais est innervé par quatre grandes « lois » ou principes (auxquels il a donné son nom)(19). C'est alors selon nous au nom, par et pour le service public à caractère industriel et commercial (SPIC) (à propos duquel il désirait démontrer qu'il s'agissait d'un « véritable » service public), que Rolland a rédigé celles que tous les publicistes de notre siècle nomment encore aujourd'hui les « lois de Rolland ». Celles-ci sont esquissées dès la première édition du Précis de droit administratif de 1926 mais surtout - explicitement - dans ses cours de doctorat(20) : « Jamais une formule affirmant que tous les services publics sans exception sont soumis au régime juridique spécial n'a été vraie ; elle le serait de moins en moins [...]. Mais un certain nombre de services publics échappent, pour la totalité ou la quasi-totalité de leurs opérations, à ces règles. Ils ne sont soumis qu'au minimum de régime spécial ». « Ces règles générales de conduite, ces Lois applicables, toujours et nécessairement, aux services publics sont peu nombreuses : il y en a trois : la Loi de continuité, la Loi de changement, la Loi d'Égalité ». Par ailleurs, à ces trois principes, que Rolland qualifie bien de façon expresse de « lois », l'auteur ajoutait un dernier point commun à tout service public qui en était même peut-être le plus petit dénominateur commun : une « loi de rattachement » à une personne publique, révélant ce faisant la force organique et institutionnelle au coeur du service public.

Une direction désormais politisée et privatisée à l'encontre de la neutralité du service.

Selon l'article 3 du statut (encore pour quelques années en vigueur) de 1983 (et art. 41 de la loi statutaire du 26 janvier 1984 pour la seule fonction publique territoriale), les « emplois civils permanents » (de l'État, des collectivités et de leurs établissements) sont occupés (et non ont vocation à l'être) par des fonctionnaires (et non par des contractuels). Des exceptions se sont multipliées à ce principe depuis la fin des années 1990 et - désormais - ces exceptions vont devenir la règle sans que l'énoncé du principe ait été touché.

Cette contractualisation qui permet d'échapper à la fonction publique *stricto sensu* sera analysée *infra* mais il faut d'ores et déjà constater qu'elle impacte désormais toutes les fonctions de direction des services publics. Autrefois éventuellement audible comme valeur d'ajustement (pour des missions ponctuelles et/ou temporaires, voire pour des tâches d'exécution matérielle sans lien direct avec le service public), la contractualisation en 2019 a gagné les fonctions essentielles de direction des services publics.

Or, en permettant (aux art. 16 s. de la loi) que les emplois de direction des fonctions publiques françaises deviennent des contractuels, on nie de façon explicite la continuité du service public en proposant, en lieu et place des premiers ou des plus importants postes d'emplois permanents, la sélection d'agents recrutés pour des temps courts et correspondant - très concrètement - aux mandats politiques des élus ou représentants de chaque service. Dans un ministère, à la ville, à la commune rurale ou à la région, on indique que la direction des services publics sera désormais ponctuelle et propre à chaque direction nouvellement en place. Les missions vont ainsi être de plus en plus politisées et hachées car à chaque mandat nouveau aura lieu la valse des directions en dépit, redisons-le, du principe même de continuité du service public pourtant constitutionnel. Concrètement, après chaque campagne électorale, on va voir recrutés les membres des équipes élues et créer ainsi une discontinuité dans la direction. Ce sont désormais les « amis » plutôt que les « meilleurs » en fonction de leurs talents et mérites que l'on risque de voir devenir agents. C'est l'affinité politique - en contrariété directe avec le principe de neutralité du service - qui va remplacer la compétence.

Par ailleurs, ces directions nouvelles et contractuelles directement inspirées du modèle (*sic*) britannique vont favoriser la culture non du service public mais du managérat et des entreprises. Ce sont eux que l'on met en avant et qui vont ainsi accentuer les risques de pantouflages et de

rétro-pantouflage en multipliant les allers-retours public-privé avec leurs carnets d'adresses et leurs conflits potentiels d'intérêt(s).

Une négation de l'égalité d'accès aux services publics. À travers la fonction publique territoriale (FPT) en particulier, on va par ailleurs accentuer les atteintes au principe d'égalité d'accès aux services publics puisque chaque collectivité aura vocation - hors des concours nationaux - à choisir ses équipes et ses objectifs, ses habitudes et ses principes. Sous le sceau de la flexibilité, l'égalité des services rendus au citoyen sera de moins en moins tangible tant les disparités - et donc les discriminations - vont s'accroître.

Une promotion du détachement d'office au service du privé ! Et que dire de cette proposition hallucinante d'un détachement d'office dans le privé (institué par l'art. 76 de la loi) ? Ce détachement permettra sous peu à la puissance publique externalisant (et poussée à le faire(21)) ses services publics vers le privé de transférer d'office les fonctionnaires dudit service public dans la structure privée externalisée et ce sous contrat de droit privé ! Toujours plus fort évidemment, l'agent public statutaire ne pourra *a priori* pas s'y opposer et ce même s'il est entré en fonction publique pour le service public et non privé ! Que se passera-t-il alors si l'agent refuse ?

Une relégation du concours comme antique mode de sélection des agents en fonction de leurs talents et de leurs mérites. La multiplication des contractuels va par ailleurs rejaillir sur l'accès même au service public (et donc sur sa qualité et son fonctionnement). En effet, en reléguant le concours remplacé par un recrutement *intuitu personae* de plus en plus d'agents, c'est encore à l'égalité d'accès au service public que l'on va porter atteinte.

Certes, on a bien conscience que le législateur a souhaité rassurer en établissant pour ces nouveaux personnels un article 15 de la loi (art. 32 du statut de 1983) qui pose une procédure d'égal accès aux emplois publics (avec transparence et publicité) mais ceci jouera... sauf pour les emplois supérieurs ! Autant dire que la discrétion politique des choix a ici fait un grand bon. Le gouvernement, cela dit, dispose ici d'un atout majeur : la protection pour ce faire du Conseil constitutionnel qui a rappelé en 2019 sa jurisprudence (n° 87-178 DC) du 30 août 1984 sur l'absence même de principe constitutionnel au recrutement par concours avec seulement une réaffirmation de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme en matière d'égal accès en fonction des vertus et des talents.

La transparence va donc désormais remplacer le concours quand on souhaiterait seulement qu'elle l'accompagne comme nouvelle « loi » du service public mais ce sans l'effacer. Pour se convaincre des méfaits que va entraîner la multiplication des recrutements directs - même transparents et annoncés de façon publique - des nouveaux postes, il faut relire la thèse de Marcel Sibert rédigée en 1912. Dans ses travaux(22), le jeune docteur soulignait l'importance - alors que les recrutements d'agents publics explosaient sous ses yeux - d'un concours égalitaire et le plus objectif possible - c'est-à-dire, précisément, le plus respectueux de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme alors que les recrutements directs, au contraire, faisaient triompher le népotisme, la subjectivité et les passe-droit(s)(23) : « Dans cette voie de progrès où les nations se dirigent vers un recrutement des fonctionnaires basé non plus sur l'intrigue, la faveur et l'arbitraire, mais sur le mérite des postulants » où est donc la France ? Le concours, résumait-il(24), est la matérialisation de « la conviction publique que tout s'est passé conformément au droit et à la Justice ».

Une négation potentielle de la continuité du service public à travers les nouveaux contrats de projet. C'est l'article 17 de la loi de 2019 qui met en place de nouveaux CDD dits « de projet ». Or on sait très peu de chose sur le contenu potentiel desdits projets ! Ne prend-on pas le risque de faire passer avant la mission et l'intérêt généraux des services publics un fractionnement de l'action publique par de tels projets ? L'avocate Lorène Carrère(25) s'interrogeait en ce sens en allant jusqu'à se demander si une création de service pourrait être assimilée à un tel « projet ». On sait simplement que tout a été hélas fait sur une voie de précarisation des agents concernés car les projets ne seront pas rangés sous l'idéal de continuité du service public et ne dépasseront pas six années afin d'éviter toute transformation des CDD concernés en CDI.

Une dilution des secteurs et des intérêts : publics et privés. Ni gauche ni droite, ni secteur public, ni secteur privé (au profit de chacun des deux derniers !), le « nouveau monde » veut brouiller les cartes et finalement ne parvient qu'à brouiller l'écoute du citoyen en diluant l'intérêt général au seul étalon des intérêts et des services privés. La dilution est telle que certains économistes ne perçoivent même plus l'intérêt général et proposent que chaque service (fût-il public) soit appréhendé comme une entreprise privée. À cet égard, Olivier Babeau(26) offre un regard en partie nuancé mais très pessimiste sur ce changement de la puissance publique en puissance quasi privée.

Constitutionnaliser les liens entre service et fonction publics. Malheureusement, tout ceci peut et va vraisemblablement arriver tant que le Conseil constitutionnel refusera d'ancrer les liens - pourtant évidents selon nous - entre service et fonctions publics. Rappelons en effet que même si le doyen Duguit avait affirmé(27) que la notion de « fonctionnaire est intimement liée à la notion de service public » et qu'en 1993 le Conseil d'État avait rendu un avis(28) reconnaissant *a priori* la valeur constitutionnelle du lien unissant les fonctionnaires d'État à l'exécution d'une mission de service public, le Conseil constitutionnel - quant à lui - a toujours refusé d'établir ce même lien. Sa décision n° 2012-281 QPC du 12 octobre 2012 à propos de la présence de fonctionnaires dans la nouvelle France Télécom privatisée surprend. En permettant au législateur de détacher des fonctionnaires étatiques dans la structure privée, le juge a simplement estimé que, « contrairement à ce que soutient le syndicat requérant, les dispositions contestées ne portent atteinte à aucun principe constitutionnel applicable aux fonctionnaires, ni à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit ». « Cette interprétation », constate également le professeur Blacher(29), « dénie la valeur constitutionnelle du principe qui lie le fonctionnaire au service public et elle interroge sur le maintien du critère de l'exorbitance pour définir le droit de la fonction publique ».

II. - Révolution mathématique du droit des fonctions publiques : le retour au fonctionnaire contractuel

Malheureusement, parce que nous ne connaissons plus ou pas assez notre histoire, cette dernière va nous revenir en pleine tête (B) et - elle aussi - décrire une véritable révolution copernicienne : c'est-à-dire un retour aux sources contractuelles de la fonction publique. Car là est bien le coeur et le nouveau moteur de ce droit : le contrat (A).

A - L'esprit triomphant du contrat (art. 16 à 20 de la loi)

Comment ne pas apprécier l'objectif de flexibilité qui est a priori celui de mutabilité du

service public ? Le but assumé de la réforme qui promeut la contractualisation en force (au détriment conséquent du statut) pourrait paraître séduisant : donner plus de marge de manoeuvre(s) aux employeurs publics est tout à fait audible afin qu'ils bénéficient d'une meilleure adaptabilité et réactivité et recrutent en fonction des besoins réels et réellement évalués.

En ce sens, l'article 19 de la loi qui permet le recours aux contrats pour des besoins temporaires dans la fonction publique hospitalière précisément parce que ce sont des besoins temporaires et adaptés est *a priori* évidemment une bonne chose. Ainsi, pouvoir pallier une absence momentanée, une maternité, un besoin temporaire ou saisonnier doit pouvoir se faire mais notons que, puisqu'il s'agit d'un besoin non permanent, rien ne l'interdisait auparavant. Ce n'est pas ici que le bât blesse. Pourquoi ne pas même tester (art. 72 de la loi) cette initiative travailliste et expérimentale (2020-2025) d'une possibilité de rupture conventionnelle pour les agents en CDI ? Si, et seulement si, cette rupture est « vraiment » conventionnelle et libre : pourquoi pas mais les risques d'abus en sont néanmoins évidents tant l'employeur (public comme privé) est dans une situation de force disproportionnée. Par ailleurs, si cet article est envisageable pour les contractuels, on reste abasourdi par l'idée qu'il puisse être appliqué aux agents titulaires ! Comment serait-il possible par simple convention et en dépit du parallélisme des formes de procéder à une rupture hors des cadres statutaires unilatéraux ?

La politisation néfaste de tous les emplois : de la territoriale à toutes les directions de services. Voilà vraisemblablement le changement le plus important et le plus destructeur de la loi : la politisation déjà dénoncée *supra* de toutes les fonctions de direction en recrutant les directeurs par contrat et en les faisant dépendre désormais, de façon *intuitu personae*, des chefs politiques des services dans lesquels on instaure des chaînes nouvelles de responsabilités et de dépendances plus politiques que juridiques.

L'exemple de l'article 21 de la loi, qui permet d'ouvrir tous les emplois (et non seulement ceux de direction) au recrutement par contrat des communes de moins de 1 000 habitants et des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) de moins de 15 000 habitants, est effarant ! Plus petites, ces collectivités auraient besoin de davantage de flexibilité mais l'on va clairement - selon nous - recréer ce qu'Yves Mény(30) avait caractérisé de « Républiques des fiefs » et ce par l'instauration de chefs locaux tout-puissants avec des serviteurs davantage tournés vers l'intérêt du chef que vers celui continu du service.

La puissance publique entrepreneuriale. À nos yeux, cette montée en puissance du contrat traduit bien l'assimilation de la puissance publique à la logique d'une entreprise recrutant selon son bon vouloir et non celui de l'intérêt général. La permanence de nombreux emplois qui devraient selon le statut revenir aux fonctionnaires est ainsi niée et les exceptions au « principe » ne cessent d'augmenter.

Ainsi en est-il de l'article 18 de la loi de 2019 qui, pour l'État, permet le recrutement par contrat d'emplois aux compétences très spécialisées ou encore lorsque l'employeur public ne réussit pas à recruter le fonctionnaire qui lui plairait. Dans les établissements publics étatiques (et non seulement dans les collectivités), les vannes contractuelles sont également pleinement ouvertes et désormais tous les emplois permanents desdits établissements, à quelques exceptions près dans le domaine de la recherche (et non de l'enseignement), pourront être réservés aux seuls agents en contrat.

Dès le mois de septembre, le ministère de l'Enseignement supérieur (et de la Recherche) a ainsi proposé des premières pistes de décret⁽³¹⁾ mettant en oeuvre la loi de 2019 et permettant aux universités (ce qui était déjà en partie le cas) de recourir à l'emploi contractuel débridé y compris - évidemment - d'enseignants-chercheurs. C'est la précarisation de l'Université qui s'annonce avec cette formulation adressée aux futurs et jeunes docteurs : obtenez votre doctorat après dix années ou presque d'études et ensuite, peut-être, vous proposera-t-on un contrat de deux ou trois ans.

Tout semble fait pour conduire à la précarisation et à la négation des vocations publiques. À l'heure où nous écrivons, le ministère de l'Enseignement supérieur a semble-t-il déjà commencé à prévoir ces hypothèses contractuelles alors que les contrats dits LRU de jeunes docteurs matérialisent pourtant depuis quelques années une précarisation annoncée de l'Université. Vaut-il sérieusement pouvoir dire aux actuels doctorants qu'ils préparent des années de recherches doctorales pour espérer n'enseigner qu'une ou deux années sans autres garanties ?

Des contrats nombreux et des méthodes contractuelles. Par ailleurs, le recours au contrat n'est pas que quantitatif. Il est également qualitatif car il se matérialise aussi par le recours à la méthode contractuelle proprement dite. C'est ainsi « l'esprit du contrat » que l'on invoque de plus en plus et ce dans la loi, par exemple lorsque l'article 27 (ou art. 17 du statut de 1983) fait

de l'entretien professionnel bilatéral le *modus operandi* de droit commun en lieu et place de l'antique notation unilatérale.

Il en est de même à propos des commissions administratives paritaires (CAP) à qui échappent de plus en plus les questions individuelles comme les questions de mutation(s) (renforçant encore l'aspect contractualisé entre seuls individus, et non au regard des corps et des groupes). Désormais, la CAP ne va s'intéresser qu'au collectif car, voudrait rassurer le Conseil constitutionnel(32), le « principe de participation concerne la détermination collective des conditions de travail » et non les garanties individuelles.

Vers une fonction publique « Canada Dry » ? Avec le CDI de droit public désormais amplifié(33) par cet afflux évident de contractuels, on peut se demander que sera demain le visage morcelé de la ou - très clairement plutôt - des fonctions publiques ? Combien d'hypothèses différentes vont s'affirmer entre d'anciens statutaires, des contractuels de droit public et de droit privé et des CDI publicistes qui seront des agents de second rang ? Cette multiplicité des visages s'amplifie(34) et nous rappelle cette ancienne publicité pour un soda (le Canada Dry©) qui expliquait à ses consommateurs que ledit produit avait la couleur et les aspects de l'alcool sans en être pour autant. Utilisant ce slogan, le fonctionnaire « Canada Dry »(35) serait un agent qui ressemble à un fonctionnaire sans l'être pourtant, ce qui caractérise bien l'existence de ces CDI de droit public qui, bien que contractuels et donc non assimilables à des fonctionnaires titulaires *stricto sensu*, se retrouvent à occuper - comme les fonctionnaires précisément mais sans en avoir le titre - un emploi permanent.

La fin du statut ? C'est ce que nous croyons et déplorons : le statut va non être totalement détruit mais vraisemblablement devenir une « peau de chagrin » à la Balzac et, tant que le Conseil constitutionnel refusera d'ancrer le statut dans la Constitution, il sera toujours possible de déroger - par la loi - autant à l'article 3 dit principal et réservant les emplois permanents aux seuls statutaires. Cela dit, comment oser maintenir un tel principe avec autant de dérogations désormais qualitatives et quantitatives ?

Le gouvernement se veut pourtant rassurant ainsi qu'en témoigne la production de ses observations préalables à la décision du Conseil constitutionnel(36) : ces nouvelles mesures législatives pro-contrat n'auraient en effet pas « pour effet d'ouvrir la "quasi-totalité" des emplois civils permanents de l'État aux agents contractuels » et l'exécutif en donne deux

arguments paradoxaux. D'abord, il rappelle qu'avant la loi du 6 août moins de 20 % « seulement » d'emplois publics seraient occupés par des contractuels (le chiffre avancé est celui de 18 % mais d'autres estiment qu'il est à 19 ou 21 % en fonction des critères retenues). Or, dit l'exécutif, cette part contractuelle « restera minoritaire ». Il est cependant évident qu'avec un taux actuel de près de 20 % et avec les mesures instituées, nous arriverons très vite au seuil des 30 à 45 %, ce qui est « substantiel » au sens de la jurisprudence administrative par exemple.

C'est à l'essence de la fonction publique française que l'on touche ici.

Par suite, le gouvernement s'arme de mauvaise foi et veut tenter de comparer les situations. Il explique alors que nos 18 % de contractuels sont bien faibles au regard des 85 % italiens et des 92 % britanniques. Sauf que, faisant état de ces chiffres, le gouvernement ne rappelle pas que ces deux pays ont précisément voulu supprimer leur fonction publique, ce qui rend la comparaison impossible ou perverse car aucun de ces deux pays n'a l'équivalent de l'article 3 de notre statut. C'est ainsi presque comme si on disait que dans le Sahara il y a peu d'inondations... C'est factuellement vrai cela dit, mais la comparaison est idiote ou de mauvaise foi.

B - La négation de l'histoire

D'une mort, l'autre. À titre personnel, je suis certain de me souvenir de la date de cette loi de pré-mise en bière du statut de la fonction publique car elle correspond à un autre enterrement : celui du doyen Foucart (24 oct. 1799-6 août 1860). Or ce n'est pas uniquement pour le plaisir de le citer que j'invoque ici son patronyme et son autorité doctrinale. En effet, Foucart, dès 1850, a proposé parmi les premières théorisations⁽³⁷⁾ du droit des fonctions publiques en insistant sur l'opposition entre : des employés des basses fonctions publiques nommés « fonctionnaires contractuels » et recrutés par contrats qualifiés de « mandats de fonctions publiques », et des agents (plutôt des hautes fonctions publiques) souvent nommés ou recrutés par concours et traduisant un « besoin permanent et d'intérêt général » au sein des services publics, dans le « cadre permanent » de ceux-ci.

Bien sûr, ce n'est pas la Théorie juridique de la fonction publique qu'Henry Nézard offrira dans

ses travaux de doctorat de 1901 (Paris, Larose) mais un demi-siècle les sépare. Et, dès Foucart, l'opposition entre des fonctionnaires contractuels majoritaires et quelques hauts fonctionnaires nommés (on ne disait pas alors statutaires) se faisait déjà jour. Or quiconque connaît l'histoire de la fonction publique antérieure à 1983 et à 1946 est conscient non seulement du retour programmé annoncé au « fonctionnaire contractuel » mais encore à son dépassement puisque, dès 2019, même les hautes fonctions publiques de direction ont été contractualisées.

Pour des raisons de place, le présent paragraphe n'est pas complété. Toutefois, il demeure accessible dans sa version « orale » sur le site internet de la conférence dont il est issu(38).

En conclusion, nous ne dirons pas (car nous ne le pensons pas) que les moyens du droit et du secteur privés sont nécessairement mauvais et incompatibles avec la fonction et le service publics. On le sait, la travaillisation a également des éléments très bénéfiques pour les travailleurs publics et l'on pense que le but ultime, au nom des travailleurs, est la mise en place d'un socle commun : un droit des travailleurs(39) (et non du travail) qui, par suite, impliquerait quelques ajustements selon les secteurs public et privé. Toutefois, dans le cadre d'un service public administratif en particulier (et non d'un service public industriel et commercial), cessons de comparer l'incomparable et ne demandons pas aux intérêts privés de devenir publics. Si le secteur privé ne s'intéresse pas (à part quelques philanthropes) de lui-même aux droits sociaux, aux personnes handicapées, aux enfants, etc., cette solidarité existe et doit exister par le service public et par ses agents dédiés.

Vive le service public !

(1) M. Touzeil-Divina, Travaillisation ou privatisation des fonctions publiques ?, AJFP 2010. 228 s.

(2) M. Touzeil-Divina et M. Sweeney, Droit du travail et des fonctions publiques : unité(s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations, L'Epitoge, 2012.

(3) M. Touzeil-Divina (dir.), Droits du travail et des fonctions publiques : la spécificité territoriale, RLCT, n° 81, 2012.

(4) Propos conclusifs : vive le droit (public) des travailleurs, in P. Esplugas-Labatut, C.-A. Dubreuil et M. Morand (dir.), Le droit public du travail, L'Epitoge, 2016. 171 s.

(5) On songe notamment - et classiquement - à l'utilisation en droit privé d'éléments publicistes du droit syndical (notamment en matière de sanctions) mais aussi par exemple aux théories de l'externalisation qui s'inspirent de celles de l'établissement public.

(6) D'un droit public au droit privé : d'un droit industriel puis ouvrier... au droit du travail, in Droit du travail et des fonctions publiques : unité(s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations, *op. cit.*, p. 9 s.

(7) H. Rozy, Le travail, le capital et leur accord, Paris, Guillaumin, 1871.

(8) L. Delbez, Une conquête du droit public : le contrat de travail, RD publ. 1939. 462 s.

(9) Ce que nous rappelions à l'art. préc. « Vive le droit (public) des travailleurs ! ».

(10) On fait évidemment allusion à un texte de M. Aurélien Cotentin.

(11) Un très beau colloque a récemment questionné l'avenir du statut : A. Haquet et B. Camguilhem (dir.), L'avenir du statut général de la fonction publique, Paris, Varenne, 2019.

(12) En même temps le dossier présenté en ligne par l'Association des maires de France et le CNFPT

(www.cnfpt.fr/sites/default/files/loi_de_transformation_de_la_fp_decryptage_des_articles_relatifs_a_la_fpt_1.pdf) est d'une subjectivité pro-gouvernementale si déconcertante et avec un manque de recul si étonnant qu'il faut bien proposer d'autres positions.

(13) Ainsi que le constate et le déplore également M^{me} la ministre Lebranchu au colloque du 12 juin 2019 de la FSU et disponible sur son site internet (et sa page Facebook) pour rendre compte des débats (faisant intervenir A. Le Pors, M. Lebranchu et D. Guiraud) sur le thème : « Quel avenir pour la Fonction publique ? » ; www.facebook.com/FederationSyndicaleUnitaire/videos/317695632495538/.

(14) On reprend ici des éléments énoncés *in* JCP A 2 juin 2014, obs. n° 2169.

(15) Respectivement en contrats à durées déterminée (CDD) et indéterminée (CDI).

(16) Il s'agit de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique créée en 2013.

(17) Contrairement aux habitudes souvent prises et répétées, il n'existe pas trois mais quatre « lois » ou principes de Louis Rolland (1877-1956) en matière de service public : le rattachement à la personne publique, la continuité, l'égalité et la mutabilité. Sur ces éléments, notamment, on se permettra de renvoyer à : Louis Rolland, le Méditerranéen d'Alger, promoteur et sauveteur du service public, *in* Journées Louis Rolland, le Méditerranéen, RMDP, n° 4, 2016. 17 s.

(18) M. Touzeil-Divina, « Évolution dramatique et révolution mathématique », la négation du service public et le retour au « fonctionnaire contractuel », conférence du 24 sept. 2019, <http://unitedudroit.org/FP/TFP1-MTD.pdf>.

(19) On reprend ici des éléments de notre Dictionnaire de droit public interne, LexisNexis, 2017. 286 s.

(20) L. Rolland, Répétitions écrites de droit administratif, Paris, Les cours de droit, 1941, puis 1945. 43 s.

(21) On est ici à l'opposé exact de l'hypothèse consistant à ce qu'une collectivité « ré-

municipalise » un ancien secteur concédé au privé. Dans les deux cas, en revanche, s'applique *a priori* l'art. L. 1214-1 du code du travail. À son égard : L'article L. 122-12 (al. 2) du code du travail confronté au droit public, AJFP 2006. 172 s.

(22) M. Sibert, *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique*, Paris, Rousseau, 1912.

(23) *Op. cit.*, p. 21.

(24) *Ibid.*, p. 53.

(25) www.lagazettedescommunes.com/

(26) *Au Monde* du 22 mars 2019. 24.

(27) L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel* ?, t. III, Paris, De Boccard, 1930. 7.

(28) CE, ass., avis, 18 nov. 1993, n° 355255.

(29) P. Blacher, *Le Conseil constitutionnel, gardien d'un droit public du travail ?*, in *Le droit public du travail*, *op. cit.*, p. 72.

(30) Y. Mény, *La République des fiefs*, *Pouvoirs*, n° 60, 1992.

(31) B. Scordia, *Exclusif : le projet de décret sur la procédure de recrutement des contractuels*, www.acteurspublics.fr, 23 sept. 2019.

(32) Cons. const., 1^{er} août 2019, n° 2019-790 DC, § 9, *Loi de transformation de la fonction publique*, AJDA 2019. 1669 ; AJFP 2019. 322, et les obs. ; AJCT 2019. 364, obs. M. Firoud.

(33) Il existe quelques premiers travaux doctoraux sur la question mais il manque « la » thèse à réaliser sur ce domaine, thèse que nous appelons de nos vœux.

(34) On revient ici sur la définition donnée au dictionnaire préc. de droit public interne.

(35) Collaborateurs de groupes d'élus : les conditions de licenciement précisées. CDI de droit public : du contentieux des « contrats Jourdain » aux « fonctionnaires Canada Dry », comm. sous CE, 6 nov. 2013, *Dpt du Haut-Rhin*, JCP A 2 juin 2014, obs. n° 2169.

(36) Accessibles en ligne sur le site institutionnel de la juridiction ; pt 3.1 *in fine*.

(37) En ce sens : M. Touzeil-Divina, Un père du droit administratif moderne, le doyen Foucart (1799-1860). *Éléments d'histoire du droit administratif*, LGDJ, 2020, § 259 s. et § 282 s.

(38) Préc.

(39) Un droit des travailleurs publics et privés, *in* 13 paradoxes en droit du travail, Lamy 2012. 463 s. La distinction entre droit du travail et droit des travailleurs n'est pas que symbolique. Elle revient d'ailleurs à celle qu'opérait autrefois par exemple Georges Scelle lorsqu'il expliquait pourquoi son ouvrage de droit du travail s'appelle « Droit ouvrier » et non « Législation du travail ». V. *Le droit ouvrier*, Colin, 1929.