



HAL
open science

La pérennisation du contrat dans la fonction publique

Réjane Venezia

► **To cite this version:**

Réjane Venezia. La pérennisation du contrat dans la fonction publique. Droit. Université d'Avignon, 2016. Français. NNT : 2016AVIG2052 . tel-01385278

HAL Id: tel-01385278

<https://theses.hal.science/tel-01385278>

Submitted on 21 Oct 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE

ÉCOLE DOCTORALE 537 « Culture et patrimoine »



FACULTÉ DE DROIT

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ D'AVIGNON ET DES PAYS DE VAUCLUSE

Discipline : Droit public

Présentée et soutenue publiquement par

Réjane VENEZIA

Le 8 juillet 2016

LA PÉRENNISATION DU CONTRAT DANS LA FONCTION PUBLIQUE

Directrice de Thèse :

Mme Delphine COSTA

Professeure à Aix-Marseille Université

JURY :

Membres :

- | | |
|-------------------------|--|
| Mme Delphine COSTA | Professeure à Aix-Marseille Université |
| M. François-Xavier FORT | Maître de conférences HDR à l'Université de Montpellier, rapporteur |
| M. Pierre FRESSOZ | Maître de conférences à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse |
| M. Didier JEAN-PIERRE | Professeur à Aix-Marseille Université, rapporteur |

Membre invitée :

- | | |
|-----------------------|--|
| Mme Martine LE FRIANT | Professeure à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse |
|-----------------------|--|

REMERCIEMENTS

La présentation de l'étude est l'occasion de remercier les différentes personnes y ayant contribué. La liste pourrait être interminable tellement le travail fût long et les moindres encouragements et attitudes positives demeurent en mémoire. Je vais toutefois devoir restreindre ces présents remerciements.

Je tiens, avec évidence, à remercier en premier lieu ma Directrice de thèse, Madame la Professeure Delphine COSTA. Tout d'abord, pour avoir accepté de me diriger. Mais surtout, je souhaite remercier ma Professeure pour son professionnalisme, sa disponibilité sans faille, ses encouragements ; tout simplement, pour ses qualités humaines incomparables, qui ont fait de moi une doctorante heureuse.

Je tiens également à remercier les membres du jury et en profite pour renouveler l'honneur de pouvoir être lu par ces derniers. Avec des remerciements particuliers pour Madame la Professeure Martine LE FRIANT et Monsieur Pierre FRESSOZ, pour leur soutien, leur accompagnement et leurs suggestions toujours très avisées.

Des remerciements s'imposent également pour tous mes collègues doctorants, qui m'ont aidé durant ces années. De vifs remerciements méritent d'être adressés à mon ami, depuis plus de dix ans, Allan ROCHETTE, pour son soutien, son écoute et toutes ses relectures.

Ce travail n'aurait jamais pu voir le jour sans la présence inconditionnelle des « piliers » de ma vie : mes parents, Edmée et Jean-Paul VENEZIA, pour leurs lectures attentives, leur patience, leur soutien et surtout leur amour. Ma sœur, Hélène VENEZIA, pour ses conseils et encouragements. Et enfin, mon compagnon, Nicolas BEX, pour sa grande patience et ses paroles réconfortantes dans de nombreux moments de stress intense.

Enfin, j'aimerais de manière générale remercier l'ensemble de la communauté universitaire de l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse. J'ai monté les marches de la belle *Orchidée* depuis ma première année de Droit, et chaque jour fut un plaisir de plus. Une pensée émue va à l'ensemble des enseignants, des personnels administratifs et des étudiants de l'UAPV.

LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS

AJDA :	Actualité juridique du droit administratif
AJFP :	Actualité juridique de la fonction publique
Art. :	Article
Ass. :	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
BJCP :	Bulletin de jurisprudence de contrats publics
Bull. civ. :	Bulletin civil de la Cour de cassation
C.Comptes :	Cour des comptes
CAA :	Cour administrative d'appel
CAP :	Commission administrative paritaire
Cass :	Cour de cassation
CDD :	Contrat à durée déterminée
CDG :	Centre de gestion de la fonction publique territoriale
CDI :	Contrat à durée indéterminée
CE :	Conseil d'État
CEDH :	Cour européenne des droits de l'homme
CGCT :	Code général des collectivités territoriales
Chron. :	Chronique
CHS :	Comité d'hygiène et de sécurité
CHSCT :	Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail
CJCE :	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE :	Cour de justice de l'Union européenne
CMP :	Contrats et marchés publics
CNFPT :	Centre national de la fonction publique territoriale
Comm. :	Commentaire
Concl. :	Conclusions du rapporteur public près le Conseil d'État
Conv. EDH :	Convention européenne des droits de l'homme

CTP :	Comité technique paritaire
CGT :	Confédération générale du travail
CSFPT :	Conseil supérieur de la fonction publique territoriale
CSS :	Code de la sécurité sociale
C. trav. :	Code du travail
D. :	Recueil Dalloz
Doc. Franç. :	La Documentation française
Dr. adm. :	Droit administratif
Dr. soc. :	Droit social
Ed. :	Edition
EDCE :	Études et documents du Conseil d'État
ENA :	École nationale d'administration
ENM :	École nationale de la magistrature
Fasc. :	Fascicule
FPE :	Fonction publique d'État
FPH :	Fonction publique hospitalière
FPT :	Fonction publique territoriale
GACEDH :	Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme
GADT :	Grands arrêts du droit du travail, Dalloz
GAJA :	Grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz
Gaz. Cnes. :	Gazette des communes
Gaz. Pal. :	Gazette du palais
GPEEC :	Gestion pluriannuelle des effectifs, des emplois et des compétences
Ibid. :	Ibidem (au même endroit)
J.-Cl. Adm. :	Juris-Classeur Administratif
J.-Cl Fonct. Publ.:	Juris-Classeur Fonctions publiques
JCP Adm. :	Juris-Classeur périodique Administrations et collectivités territoriales
JCP :	Juris-Classeur période éd. générale
JORF :	Journal officiel de la République française

Loc. Cit :	Loco citato (à l'endroit cité)
LOLF :	Loi organique relative aux lois de finances
LPA :	Les petites affiches
MEDEF :	Mouvement des entreprises de France
Min. :	Ministre
NGP :	Nouvelle gestion publique
NPM :	New public management
Obs. :	Observations
Op. cit. :	Opere citato (dans l'ouvrage cité)
PACTE :	Parcours d'accès aux carrières de la fonction publique
RDA :	Revue de droit administratif
RD publ. :	Revue de droit public
Rec. CE tables :	Tables du recueil des décisions du Conseil d'État
Rec. CE :	Recueil des décisions du Conseil d'État
Rev. adm. :	Revue administrative
Rev. société :	Revue des sociétés
RF adm. publ.:	Revue française d'administration publique
RFDA :	Revue française de droit administratif
RGCT :	Revue générale des collectivités territoriales
RJC :	Revue de jurisprudence constitutionnelle
RJEP :	Revue juridique de l'économie publique
RJS :	Revue de jurisprudence sociale
RLC :	Revue Lamy de la concurrence
RLCT :	Revue Lamy des collectivités territoriales
RPDA :	Revue pratique de droit administratif
RTD. Com :	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD. Euro :	Revue trimestrielle de droit européen
S. :	Recueil Sirey
Sect. :	Section du contentieux du Conseil d'État

Soc. : Cour de cassation, chambre sociale
Synd. : Syndicat
TC : Tribunal des conflits
TA : Tribunal administratif
TGI : Tribunal de grande instance
UE : Union européenne

SOMMAIRE

PARTIE 1 : UN OBJECTIF DE RÉGULATION DE L'EMPLOI PRÉCAIRE

TITRE 1 : L'UTILISATION PÉRENNE DU CONTRAT

Chapitre 1 : Les fondements du recrutement contractuel dans la fonction publique

Chapitre 2 : Le statut à l'épreuve du recrutement contractuel dans la fonction publique

TITRE 2 : LA RÉGULATION DE L'EMPLOI PRÉCAIRE PAR LE CONTRAT PÉRENNE

Chapitre 1 : Les raisons du recours pérenne au contrat de recrutement

Chapitre 2 : Le recours au contrat pérenne comme régulateur de l'emploi

PARTIE 2 : UN CONSTAT DE PRECARISATION DE LA FONCTION PUBLIQUE

TITRE 1 : UNE PRÉCARITÉ NON CONTENUE PAR LA PÉRENNISATION DU CONTRAT

Chapitre 1 : Une consécration du phénomène de contractualisation dans la fonction publique

Chapitre 2 : La pérennisation du contrat : une nouvelle manifestation d'un contournement du statut

TITRE 2 : L'INDISPENSABLE RÉSORPTION DE LA PRÉCARITÉ DANS LA FONCTION PUBLIQUE

Chapitre 1 : Les initiatives protectrices nécessaires à l'agent non-titulaire

Chapitre 2 : La réaffirmation de l'attachement au statut de la fonction publique

INTRODUCTION

La pérennisation du contrat dans la fonction publique

« Toute la question est en effet de savoir si la pensée elle-même n'entre point dans de certaines conditions (...). Partir, marcher droit, arriver quelque part. Arriver ailleurs plutôt que de ne pas arriver. Arriver où on n'allait pas plutôt que de ne pas arriver. Avant tout arriver. Tout, plutôt que de vaguer. Et que la plus grande erreur c'est encore "d'errer" : voilà sa nature même et la race de son secret » Charles Péguy¹.

1 - Déjà, Léon Duguit traitait de l'épineuse question de la distinction entre agent public et agent privé dans son œuvre, *Les transformations du droit public* : « *Les fonctionnaires qui ne font que des actes de gestion ou fonctionnaires de gestion sont dans la même situation que les agents privés; ils sont liés à l'administration par un véritable contrat (...) Mais on s'est aperçu que le critérium de distinction, même tel qu'avait tenté de le préciser M. Berthélemy, était très vague, qu'à proprement parler il n'y avait pas une des activités administratives qui n'avait été à une certaine époque exercée par des particuliers et qu'on ne pût concevoir encore comme pouvant être exercée par des particuliers* »². A l'heure où le fonctionnaire « de demain » alimente tous les débats, du foyer aux plateaux de télévision, on ne parvient toujours pas à trancher : le fonctionnaire se rapproche du salarié, pourtant il n'a jamais été considéré comme tel, et il semble encore inenvisageable et irraisonnable d'imaginer la fonction publique comme une entreprise employant des salariés de droit privé. Si le propos de Duguit traverse les âges avec autant de force, la cohabitation des secteurs privé et public et la destruction des

¹ PEGUY (Charles), « Note sur Monsieur Bergson », 1914, Ed. Gallimard, coll. La Pléiade, Œuvres en prose complètes, tome III, p 1268.

² DUGUIT (Léon), *Les transformations du droit public*, Paris : A. Colin, coll. Bibliothèque du mouvement social contemporain, 1912, p. 4

différentes barrières les opposant complexifient davantage aujourd'hui la distinction entre salariés et agents publics.

2 – L'avenir de la fonction publique est une préoccupation de tous ; elle doit être moderne et souple. Les différents rapports traitant de la fonction publique, comme la construction législative, démontrent progressivement une faveur adressée au contrat. Le recrutement contractuel s'installe, s'intensifie, et devient une alternative solide au « traditionnel » recrutement statutaire. Le paroxysme de cette évolution semble incarné par le contrat pérenne, qui symbolise l'assise contractuelle, la préférence envers la convention, et la défiance statutaire. Mais surtout, le contrat pérenne apporte dans ses sillages une idéologie, déterminante lorsqu'il est question du fonctionnaire « de demain ». Le contrat est le moyen privilégié afin de mettre en œuvre une nouvelle idéologie, gestionnaire, centrée sur les finances ou l'économie, bien éloignée de la fonction publique « à la française ». Au-delà du contrat pérenne, il s'agit avant tout d'identifier un changement innervant progressivement la fonction publique tout entière.

I – Objet de la recherche

L'objet de la recherche nécessite que l'on s'attarde sur des éléments de définition (A) et des éléments méthodologiques (B).

A- Éléments de définition

Il s'agira de définir les termes du sujet en présentant leurs perspectives.

3 – La pérennisation

La « pérennisation » est, dans le langage commun, « *l'action de rendre pérenne* »³, autrement dit de rendre « *durable* »⁴, « *éternel* »⁵. Emprunté au latin « *perennis* », pouvant se traduire par « *qui dure toute l'année, perpétuellement* »⁶, la pérennisation suppose une inscription dans le temps, sans terme, ni limite de durée.

Si dès la Renaissance, Montaigne emploie le terme « pérenne » afin de qualifier la nature qui l'entoure, les ruisseaux ou les roches du Pérou⁷, il est bien difficile de retrouver les origines de la « pérennisation » en droit. Le droit est un instrument au service de la société, il

³ www.larousse.fr

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibid.*

⁶ GAFFIOT (Félix), *Le Gaffiot dictionnaire latin-français de poche*, éd. Hachette, coll. Dictionnaire et encyclopédie, 2002, p 1145

⁷ MONTAIGNE, « Les Essais », Livre III, 1558, Chapitre VI, p 80

l'encadre, la régit, et répond aux diverses exigences contextuelles économiques, sociales, culturelles, ou encore politiques. Le droit serait ainsi *a priori* lui-même opposé à toute notion de permanence ou d'éternel, puisqu'il évolue au rythme de la société, puisqu'il est en changement constant. Le Doyen Carbonnier traitait même de « flexible droit » dans un ouvrage devenu célèbre : « *Le droit est trop humain pour prétendre à l'absolu de la ligne droite. Sinueux, capricieux, incertain, tel il nous est apparu – dormant et s'éclipsant, changeant mais au hasard et souvent recommençant le changement attendu, imprévisible par le bon sens comme par l'absurdité* »⁸.

Pourtant, la permanence, la stabilité, l'idée d'une action durable et perpétuelle anime l'Homme dans sa quête. Philosophiquement, l'œuvre, et non le travail, garantirait la permanence, la stabilité, « *sans lesquelles il n'y aurait point de monde possible* »⁹. Néanmoins, lorsqu'on traite de pérennisation du contrat, on s'attache bien au travail, au sens large.

Il s'agit, à travers l'action de pérenniser, de sécuriser dans le temps, de rendre immuable. Le droit permet ainsi, bien qu'il soit en constante évolution, de consacrer, notamment, des principes nécessaires conditionnant la vie dans la société. Pour Maurice Hauriou, le rôle fondamental de l'État est d'assurer « *la création et la garantie des biens, donc l'établissement des sécurités et des stabilités juridiques* »¹⁰. Ce rôle ne peut provenir ni du pouvoir, ni de la souveraineté étatique, mais ce sont les institutions qui « *recèlent les équilibres de forces actives dont est faite la stabilité sociale* »¹¹. L'idée de permanence découlerait ainsi d'un équilibre de forces et de la séparation des pouvoirs. L'Institution, se démarquerait ainsi par sa durabilité et sa permanence. Droit et pérennisation ne seraient donc pas incompatibles, bien au contraire.

La pérennisation sera tantôt associée, tantôt distinguée, de diverses notions comme la stabilité et la permanence. L'action de rendre pérenne s'apparente à première vue à la stabilité, « *ce qui tend à conserver sa position d'équilibre* »¹². Toutefois, il convient de bien distinguer ce qui est durable, de ce qui est stable, car un déséquilibre peut également s'inscrire dans le temps et s'installer perpétuellement. La permanence, qui caractérise « *ce qui dure sans*

⁸ CARBONNIER (Jean), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, éd. LGDJ, Paris, 2001, p 8

⁹ ARENDT (Hannah), « la condition de l'homme moderne », 1961, p 139-40

¹⁰ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public général : à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, (4^e éd.), Paris, L. Larose, 1900-1901, p 9

¹¹ *Ibid.*, p 9

¹² www.larousse.fr

intermittence ni changement »¹³ peut également apparaître comme une notion connexe de la pérennisation. Pourtant, ce qui est durable peut également faire l'objet de modification, bien que l'action s'inscrive dans la durée. Il faudra ainsi s'atteler à s'émanciper des différentes notions que la pérennisation pourrait impliquer, comme une idée de sécurisation et d'équilibre.

Enfin, la pérennisation est le terme employé. Il convient dès lors d'en mesurer toute la portée. Si le terme de « pérennisation » est préféré au terme « pérenne », cela implique que l'idée véhiculée est celle d'un mouvement, d'un processus en marche, qu'il faudra identifier et mesurer.

4 – Le contrat

4 – 1 Le contrat en droit administratif

Il est primordial de s'intéresser, en premier lieu, au contrat en droit administratif et ses caractéristiques, puisqu'il sera constaté une certaine symétrie avec le contrat en droit de la fonction publique : des caractéristiques identiques, des problématiques similaires, et une remise en question commune.

Concernant le contrat, il convient de reprendre la définition civiliste : « *Le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* »¹⁴. Si la simple définition du contrat ne semble pas poser de grandes difficultés, puisqu'il s'agit de la même définition en droit privé et en droit public, lorsqu'on s'attache au contrat en droit public il conviendra toutefois d'effectuer diverses distinctions.

Le contrat en droit public n'est pas, comme cela est parfois envisagé, délaissé par le droit administratif et le droit de la fonction publique, bien au contraire. Le contrat est apparu dès le droit romain, bien que l'on puisse remonter encore plus loin, de façon concomitante à la création de l'État. La notion d'État, dans ses origines, s'apparente aux théories du « contrat social » et de l'Institution. Si différents auteurs chrétiens, comme Saint Paul, Saint Augustin ou encore Saint Thomas ont travaillé sur les origines de l'État, les notions d'État et de contrat social ont davantage été développées par Thomas Hobbes¹⁵, John Locke¹⁶, et bien

¹³ www.larousse.fr

¹⁴ Code civil, article 1101 modifié par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* : 11 février 2016, n° 0035, art. 2.

¹⁵ HOBBS (Thomas), « Le Léviathan », 1651

¹⁶ LOCKE (John), « Traité du gouvernement civil », 1690

évidemment Jean-Jacques Rousseau¹⁷ que l'on peine désormais à différencier du contrat social qu'il semble incarner dans son œuvre. Une évidence apparaît dès lors : le contrat, comme la notion d'État, donc d'administration ou de fonction publique, ont les mêmes origines. Il serait dès lors impensable de concevoir que des notions intrinsèquement liées dans leur construction, demeurent voisines, sans même se croiser.

Loin d'être délaissé, le contrat en droit administratif a en effet fait l'objet d'une théorisation, avec pour résultat que la notion de contrat public, en constante évolution, se développe. Il faudrait bien plus que ces quelques lignes pour traiter du contrat en droit public et du contrat en droit administratif plus particulièrement ; mais il convient de présenter certains éléments caractéristiques afin de mesurer la portée du sujet. Le droit administratif, que l'on peine à définir, regrouperait l'ensemble des règles régissant l'action de l'administration. Toutefois, comme l'indiquait Jean Rivero dans un article célèbre de 1953 « *Existe-t-il un critère du droit administratif ?* »¹⁸, il est bien difficile de se contenter d'une seule définition, dont le large spectre et l'imprécision ne permettraient pas de prendre la mesure de toutes les situations, actions et activités de l'administration. Le droit administratif regrouperait ainsi, les règles particulières régissant l'activité de l'administration. Se distinguent dès lors deux critères : le service public et la puissance publique.

Diverses caractéristiques relatives au contrat peuvent être relevées. Tout d'abord, le contrat en droit administratif a toujours été présent. Dès l'antiquité, des contrats apparaissent sous la forme d'échanges ou d'accords d'exploitation de marchandise, puis en matière de gestion de canaux avec des contrats passés entre l'administration et des particuliers. Ayant les mêmes origines, contrat et administration n'ont jamais cessé de cohabiter.

Ensuite, il faudra attendre la création du Conseil d'État pour qu'une théorie du contrat administratif se développe. Toutefois, de nombreux publicistes s'intéressent au contrat et participent à l'élaboration d'une théorie singulière, comme Léon Duguit qui classe les différents actes en « *actes règles, actes subjectifs et actes conditions* » d'une part, et « *les actes unilatéraux et plurilatéraux* » d'autre part¹⁹. Gaston Jèze, « disciple » de Duguit

¹⁷ ROUSSEAU (Jean-Jacques), « Du contrat social ou Principes du droit politique », 1762

¹⁸ RIVERO (Jean), « *Existe-t-il un critère du droit administratif ?* », in : RDP, 1953, p. 279- 295

¹⁹ DUGUIT (Léon), *traité de droit constitutionnel, Tome 1 : la règle de droit. Le problème de l'État*, Paris : E. de Boccard, 2^{ème} éd., 1921, p 327-328 : pour Duguit, le contrat se retrouverait dans la catégorie des *actes-conditions* : « *L'acte est objectif, en ce sens qu'il n'a d'autres résultat que de conditionner l'application de certaines dispositions du droit objectif. Mais il a quelque chose de subjectif, puisqu'il conditionne l'application à un sujet déterminé de la norme considérée. Je donne à ces actes un nom qui est déjà d'ailleurs passé dans la terminologie courante des publicistes. Je les appelle les actes-conditions* ». *Les exemples d'actes juridiques de cette espèce abondent en droit public et en droit privé. Il suffit de citer la nomination du fonctionnaire, la reconnaissance de l'enfant naturel, la légitimation, le mariage, la naturalisation* ».

poursuivit son travail de classification et sera par la suite reconnu comme un des premiers publicistes à avoir élaboré une théorie générale du contrat en droit public²⁰. En effet, le contrat lié à l'administration implique une mise en œuvre et des conséquences bien distinctes du contrat en droit privé. Un artifice permettra par exemple à l'État de contracter avec des collectivités territoriales par exemple. Les principes régissant le contrat en droit privé, trouvent d'autres implications en droit administratif, comme lorsqu'il est question d'accord de volonté, ou encore de force obligatoire du contrat dont Kelsen critiquait le lien établi avec l'échange des volontés²¹. Ce qu'il faut bien distinguer réside dans la différenciation entre le contrat en droit privé et le contrat en droit public. L'appréhension ne peut être la même, la notion d'intérêt général dépassant le cadre contractuel, l'accord des volontés et l'objet du contrat.

La jurisprudence participe, et continue de contribuer, à l'élaboration d'une notion de contrat administratif. En constante évolution, de manière consensuelle le contrat administratif serait « *un contrat dont, en principe, l'une des parties est une personne publique et dont la connaissance appartient à la juridiction administrative soit en vertu d'une attribution légale de compétence, soit parce qu'ils portent sur l'exécution même d'un service public* »²², ou comportent une clause impliquant un régime exorbitant²³.

La théorie du contrat administratif développée est attachée à la notion de service public. Bien que les théories de Jèze, Péquignot²⁴ ou encore De Laubadère²⁵ ne soient pas abandonnées, l'administration dispose de divers moyens afin de répondre au but de service public et d'exercer sa puissance publique. L'acte administratif unilatéral est considéré comme l'apanage de l'administration, « *bien exclusif* » et « *propre* »²⁶ au droit administratif, et a toujours été privilégié. L'acte unilatéral « *émane d'une seule personne, d'une volonté unique* », il n'y a donc pas « *d'engagement réciproque, ce qui s'oppose aux contrats et conventions* »²⁷. Ainsi, lorsqu'on traite de contrat, il apparaît inévitable de s'attacher à un autre moyen de

²⁰ JEZE (Gaston), *Principes généraux du droit administratif*, Tome II, Dalloz, 2004, p 42 : l'expression de Gaston Jèze quant au contrat semble suffisamment démonstrative, puisque ce dernier traite d'une forme de bipolarité de volontés pour qualifier la convention.

²¹ DUBUISSON (Bernard) *et alii*, *Mélanges offert à Marcel Fontaine*, ed. Larcier, 2003, 884 p

²² CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Paris : Puf, coll. Dicos poche, 11^{ème} éd, 2016, 986p, p 231

²³ La jurisprudence a évolué récemment en matière de clause exorbitante de droit commun : TC. 13 octobre 2014, *Société Axa France IARD c/ MAIF*, n° 3963, D. : 2014, p 2115, obs. M.-C. Montecler ; AJDA : 2014, p 2031 ; AJDA : 2014, p 2180, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe

²⁴ PEQUIGNOT (Georges), *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, 1945, Université de Montpellier, 635 p

²⁵ De LAUBADERE (André), « Administration et contrat », in *Mélanges offerts à J. Brethe de la Gressaye*, éd. Bière, 1968, p 453

²⁶ www.larousse.fr, définition du terme « Apanage ».

²⁷ CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p 942

l'administration : l'acte administratif unilatéral. En effet, les actes émanant de l'administration sont bien souvent présentés en deux pôles distincts, tant les deux types d'actes apparaissent *a priori* opposés. D'un côté, on retrouve le contrat, véhiculant l'idée de consentement, d'acceptation, de *Concordia*²⁸, comme le relevait Duguit. La concorde civile serait incarnée par le contrat, autrement dit l'État imposerait sa puissance publique par une contrainte consentie. D'un autre côté, ce qui est souvent considéré comme l'apanage de la puissance publique, on identifie un *Impérium*²⁹, l'exaltation du pouvoir à travers l'acte administratif unilatéral : une contrainte subie.

Aujourd'hui, tout le monde s'accorde à relever un certain regain d'intérêt pour le contrat administratif. Au-delà des vertus de la convention, il s'agit également d'un changement opéré en matière de méthode de gouvernement. Il est finalement plus simple et opportun d'imposer la puissance publique à travers un consentement. La « contrainte consentie » semble davantage privilégiée, on retrouve par exemple diverses démonstrations à travers l'énonciation abondante de chartes en tout genre. Moins abrupte, moins brutale, la « contrainte-consentie » revêt différents avantages mis aujourd'hui en lumière. De plus, le contrat séduit pour d'autres aspects non négligeables que l'on peut relever. D'une part, le contrat apparaît comme une solution « miracle », chaque problématique détient sa solution contractuelle. La fonction curative associée au contrat fonctionne : « à chaque mal, son contrat ». D'autre part, bien qu'il soit ancien et cohabite depuis toujours en droit administratif avec l'acte unilatéral, le contrat véhicule également une image « anticonformiste », répondant à merveille à l'objectif, devenue un quasi-impératif, de modernisation. Toutefois, les vertus contractuelles à « *l'époque du tout contractuel* »³⁰ sont désormais parfois remises en cause et une certaine crise du contrat s'impose peu à peu.

4 – 2 Le contrat en droit de la fonction publique

En second lieu, le droit de la fonction publique désigne communément le droit régissant les relations entre l'État et ceux qui le servent. La fonction publique regroupe les personnels de l'État et des autres collectivités publiques. La seule définition du droit de la fonction publique est complexe, et s'avère davantage tournée sur le contenu que sur le contenant : autrement dit, on désigne le droit de la fonction publique par rapport à ce qu'il comprend, la fonction

²⁸ DUGUIT (Léon), *Les transformations du droit public*, op. cit., p. 4 : « On ne trouve plus de traces du mot *imperium* dans les textes de l'époque, mais un mot bien caractéristique la *concordia*, qui doit unir tous les hommes, les puissants et les faibles, par une série de droits et de devoirs réciproques ».

²⁹ GAFFIOT (Félix), *Le Gaffiot dictionnaire latin-français de poche*, op. cit., 2002, p 781 : « commandement, ordre ».

³⁰ RICHER (Laurent), « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », in : *AJDA*, 2003, p 973

publique, donc les personnels servant l'État. Le droit de la fonction publique est considéré comme un « *volet* »³¹ du droit administratif, d'où l'importance de définir le contrat en droit administratif au préalable. À l'image du droit administratif, le droit de la fonction publique s'attache également à la notion de service public, comme l'écrivait Gaston Jèze : la fonction publique est vouée à la réalisation des missions de service public dont elle a la charge : « *les agents publics font leur devoir, non pour contenter leur chef mais pour assurer le fonctionnement régulier et continu du service public. Le fonctionnement continu et régulier du service public, voilà l'idée qui doit inspirer toute l'activité des agents publics* »³².

Lorsqu'on traite de contrat dans la fonction publique, il est question de contrat de recrutement. Le recrutement est : « *l'opération destinée à procurer du personnel, (...) dans le droit de la fonction publique il est accompagné d'indications destinées à caractériser le procédé employé (recrutement sur concours, sur titres etc.)* »³³. Le contrat de recrutement est donc la convention permettant de se procurer du personnel, mais il n'est pas l'unique procédé mis en œuvre dans la fonction publique pour y parvenir.

L'histoire du recrutement dans la fonction publique est dense et instructive, et révèle une première affirmation : le contrat a toujours été présent en droit de la fonction publique. Trouvant des origines antiques, le contrat émerge de façon concomitante avec la notion d'État et de fonction publique. La fonction publique a toujours connu divers modes de recrutement : la nomination, le concours, le contrat ou encore l'élection. L'Empire Romain utilisait par exemple davantage la nomination et le concours comme modes de recrutement. Durant l'Ancien Régime, outre la question de l'hérédité dans la fonction publique avec la vénalité des offices, on retrouve par exemple des commissaires révocables, véritables « ancêtres » des agents contractuels. Les commissaires sont recrutés par contrat de mandat et exercent une mission déterminée pour le Roi. La Révolution marque un tournant, le terme de « fonctionnaire » est désormais utilisé, et se caractérise par une hétérogénéité déconcertante : on privilégie l'élection, mais on conserve les concours, la nomination et le contrat. Le Consulat, puis l'Empire emploient une organisation stricte et renouent avec la nomination. La Restauration se distingue davantage par la mise en œuvre de contrôles de l'activité de l'administration, alors que la Monarchie de Juillet se caractérise par une volonté forte de décentraliser. La Seconde République poursuit l'idée du recrutement au mérite, chère aux

³¹ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique*, Paris : Dalloz, Coll. Précis, 7e éd., 2012, 828 p., p 3

³² JEZE (Gaston), *Principes généraux du droit administratif*, op. cit., p 11

³³ CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p 776

Républiques, avec une préférence pour le concours comme mode de recrutement ; alors que le Second Empire s'attache plutôt à une déconcentration au profit des préfets. La fonction publique est à l'image de l'État : elle suit la théorie des cycles constitutionnels³⁴. Chaque cycle démocratique privilégie le concours ou un recrutement au mérite, chaque régime dictatorial ou autoritaire préfère la nomination comme durant l'Empire ou le régime de Vichy.

Par ailleurs, se déploie un questionnement, constant, sur la démarcation du droit du travail et du droit de la fonction publique. Les Républiques semblent s'emparer du débat, comme la Troisième République notamment, où les juristes de l'époque s'interrogent quant aux barrières entre salariés et fonctionnaires, droit du travail et droit de la fonction publique. Pourtant, le choix de l'émancipation du droit de la fonction publique par rapport au droit commun du travail a rapidement été affirmé. Le particularisme « à la française » apparaît au XIX^{ème} siècle, lorsqu'on prévoit que les agents seraient munis d'un statut spécial, composé de règles s'émancipant du droit commun du travail. L'affirmation de ce particularisme s'est faite progressivement. La fonction publique se détourne du code civil, et l'émancipation est consacrée à travers deux éléments déterminants : d'une part, l'autonomie du droit administratif, d'autre part, la reconnaissance de la responsabilité de l'administration. Cette émancipation du droit du travail se distingue par l'adoption d'un système qui se veut l'opposé du système d'emploi prévu en droit privé : le système de carrière. Contrairement au système d'emploi, l'agent recruté ne l'est pas pour un emploi déterminé, il entre dans un corps, où tout au long de sa carrière il pourra occuper divers emplois. L'agent sera de préférence recruté pour ses aptitudes à exercer des attributions différentes durant sa carrière. Le recrutement s'effectuera principalement sur concours ou par concours sur épreuve, et ne donnera pas lieu à un contrat mais à une nomination. La stabilité souhaitée durant la IV^{ème} République, bien qu'elle ne fût pas effective, faisant dire à François Mitterrand que « *la IV^{ème} République mourut comme elle avait vécu : d'indifférence* »³⁵, s'est toutefois accompagnée de la reconnaissance d'un statut de la fonction publique, plaçant le fonctionnaire dans une situation générale, légale et réglementaire. La V^{ème} République, dont la longévité et la stabilité sont désormais démontrées, s'est attelée à renforcer et conserver le statut de la fonction publique, en entreprenant d'harmoniser les trois fonctions publiques notamment, avec les lois dites « Le Pors ».

³⁴ HAURIUO (Maurice), *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 2^{ème} ed, Paris : Librairie du recueil Sirey, 1930

³⁵ MITTERAND (François), « Le coup d'État permanent », Essai politique, ed : Plon, coll. Les débats de notre temps, 1964, 285 p., p 6

Le contrat a toujours existé en marge du recrutement dans la fonction publique. Il n'est pas nouveauté, bien au contraire. Pourtant, aujourd'hui le recrutement contractuel suscite des interrogations parce qu'il est confronté à une préférence caractérisée envers le recrutement statutaire. Autrement dit, la présence contractuelle interpelle parce qu'elle déroge au principe. Cette constatation, d'un recrutement contractuel s'immiscant progressivement et n'occupant plus seulement une place marginale dans les modes de recrutement, s'est accentuée au début du XX^{ème} siècle. Il est possible d'établir un lien entre l'entrée des femmes dans la fonction publique et la « démocratisation » du recrutement contractuel. En effet, durant les deux guerres mondiales, le manque de ressources humaines a conduit à utiliser la seule main d'œuvre disponible : les femmes. Le recrutement contractuel est alors utilisé, mais il devait demeurer temporaire. On s'employait ainsi à ne laisser aux femmes que des postes précaires, temporaires, et peu rémunérés. Toutefois, le recours à la convention s'est progressivement installé et a démontré de nombreux avantages qui ne pouvaient se voir assouvis avec le statut, souplesse et flexibilité notamment.

Aujourd'hui, le recrutement contractuel se pérennise, puisqu'il s'installe durablement. On retrouve dès lors un premier aspect de la pérennisation du contrat : l'utilisation pérenne et durable de la convention dans la fonction publique. En 2013, la DGAFP compte environ 16.3% d'agents contractuels dans la fonction publique (hors contrats aidés)³⁶. Si les chiffres ne peuvent attester un délaissement du principe statutaire, la part des recrutements dérogatoires contractuels questionne. Avec la « démocratisation » du recrutement contractuel, à l'image du contrat en droit administratif, une critique du contrat s'intensifie.

5 – Le contrat pérenne

5 – 1 Définition du contrat pérenne

Le contrat pérenne est donc le contrat « durable, éternel »³⁷. Que désigne-t-on par contrat pérenne ? Un contrat pérenne ne doit manifestement pas être assorti d'un terme, il doit supposer une relation à durée indéterminée. Ainsi, lorsqu'on traite de contrat pérenne, on désigne le contrat à durée indéterminée. En droit du travail, le contrat à durée indéterminée est le contrat de droit commun : il est la « *forme normale et générale de la relation de travail* »³⁸ entre l'employeur et le salarié. Le CDI n'a pas de limitation de durée. L'employeur doit donc recourir au CDI, sauf s'il peut justifier d'une situation autorisant le recours à un

³⁶ DGAFP, rapport : « Faits et chiffres l'essentiel », 2013

³⁷ www.larousse.fr

³⁸ Code du travail, article L 1221-2.

autre type de contrat (CDD par exemple). Il peut être conclu par écrit ou peut, pour les CDI à temps plein, résulter d'une entente verbale entre l'employeur et le salarié (sauf dispositions légales ou conventionnelles contraires). Cependant, l'employeur doit informer par écrit le salarié des éléments essentiels à la relation de travail, souvent mentionnés sur la fiche de paie : l'identité des deux parties, le lieu de travail, l'emploi occupé et la rémunération.

Or, en droit de la fonction publique, une relation à durée indéterminée existe déjà : celle liant l'agent titulaire à l'administration. Le contrat pérenne en droit de la fonction publique suppose ainsi, avant toute chose, une confrontation avec le recrutement statutaire liant d'ores et déjà le fonctionnaire et l'administration « pour toute la vie ».

5- 2 Confrontation avec le recrutement statutaire

Afin de comprendre la consécration du contrat pérenne et les répercussions de cette dernière, il convient de traiter du recrutement de principe : le recrutement statutaire.

En principe, en droit de la fonction publique, le recrutement s'effectue par la voie du concours. Trois types de concours sont envisagés. Premièrement, le concours externe : « *Des concours ouverts aux candidats justifiant de certains diplômes ou de l'accomplissement de certaines études* »³⁹. La réussite au concours externe d'accès à la fonction publique amène les lauréats à postuler pour des emplois vacants, sans même avoir pu acquérir une expérience professionnelle. Ainsi, le recruteur a pour charge de déceler une aptitude générale, non une compétence spécifique. Si le risque d'erreur semble donc plus important, puisque le recrutement n'a été axé que sur un potentiel, recruter en privilégiant une personnalité sur des réalisations trouve également des avantages. Dans la fonction publique territoriale par exemple, recruter de jeunes agents avec peu d'expérience possède des atouts certains. Les nouvelles recrues pourront mieux comprendre le contexte actuel de la sphère locale ; elles seront plus polyvalentes et « ouvertes d'esprit ».

Deuxièmement, le concours interne permet, contrairement à la voie externe, de prendre en compte l'expérience des lauréats. L'expérience dans la fonction publique conditionnant l'accès au concours interne, le candidat devra mettre en application ses connaissances à travers des épreuves adaptées.

³⁹ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 12 janvier 1984, p 271

Dernièrement, un troisième concours permet aux structures publiques de recruter des personnes expérimentées, souvent issues du secteur privé. Le troisième concours apparaît comme un véritable « portail » entre le secteur public et le secteur privé.

Le concours interne et la mobilité interne semblent s'affirmer comme une nouvelle priorité. La mobilité interne comporte différents avantages, puisqu'elle prend en compte l'expérience professionnelle et permet le développement du processus de formation professionnelle tout au long de la vie. La mobilité est devenue le « *fondement d'une carrière professionnelle riche, intéressante, dépaysante et très formatrice* »⁴⁰.

Toutefois, on assiste aujourd'hui à une certaine « crise » du concours. Il s'agit d'une crise de légitimité dont les critiques sont récurrentes. La principale critique du concours porte sur l'appréciation de connaissances académiques générales, et non pas des compétences plus spécialisées. Les qualités scolaires seraient ainsi privilégiées au détriment des qualités humaines et psychologiques du candidat. Bien que le concours apparaisse comme le moyen d'accès le plus méritocratique dans la fonction publique, les critiques se concentrent sur le caractère académique des épreuves, au détriment d'une prise en compte des réelles compétences du candidat. La conception traditionnelle du concours, consistant à évaluer l'aptitude du candidat à occuper un emploi pour toute sa vie, se heurte à la conception mettant en avant la nécessaire professionnalisation du recrutement. Deux approches de recrutement s'affrontent ainsi, une approche par la compétence et une approche par les besoins managériaux. La compétence permet au candidat d'entrer dans la fonction publique. La compétence suppose une aptitude, un savoir-faire, associés à un type de métier, par exemple : juriste. Les besoins managériaux nécessitent une répartition de l'activité aux contours moins définis, suivant une logique d'organisation. Il s'agit de distribuer l'activité, mais en tenant compte des besoins saisonniers par exemple. Voilà ainsi un « *enjeu de prédilection des processus de recrutement au sein de la fonction publique territoriale où l'employeur doit opter entre un recrutement statutaire répondant à une logique de métiers, et un recrutement contractuel qui favorise les besoins ponctuels de l'institution concernée* »⁴¹. D'autres critiques sont adressées au concours, notamment lorsqu'il est question du concours externe ou du troisième concours, qui ne permettraient pas une prise en compte effective de l'expérience par exemple.

⁴⁰ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale*, Paris : Lamy, coll. Lamy collectivités territoriales, 2012, 1060 p., p 206-14

⁴¹ *Ibid.*, p 206

Toutefois, une professionnalisation du concours est en marche, mais, paradoxalement, les avancées ne parviennent pas à satisfaire le plus grand nombre. En effet, lorsqu'on tente de réformer ou repenser le concours, on se heurte avec évidence aux principes sur lesquels il repose : l'égalité ou l'impartialité.

Le recrutement statutaire est le principe en droit de la fonction publique ; néanmoins, il se heurte progressivement au recrutement contractuel, devenue une véritable alternative. L'association recrutement statutaire – recrutement contractuel est devenue progressivement indispensable aux employeurs publics afin de répondre à la diversité de leurs besoins. Pourtant, la cohabitation d'agents titulaires, considérés comme sécurisés puisque bénéficiant d'une relation à durée indéterminée avec l'administration, et non titulaires se distinguant par une certaine précarité découlant d'une absence de cadre et de statut, crée une certaine dualité au sein de la fonction publique. La fonction publique se dédouble, certains considèrent même qu'une « sous-fonction publique » s'étoffe ; la question de la précarité des agents devient une urgence. Face à la dualité de la fonction publique, à la précarité des agents non titulaires, une solution fut proposée : la reconnaissance du contrat à durée indéterminée dans la fonction publique.

5 – 3 La reconnaissance du contrat pérenne dans la fonction publique

Le contrat pérenne désigne le contrat à durée indéterminée dans la fonction publique. Si le CDI existe depuis bien longtemps en droit du travail, s'il est le contrat de droit commun dans cette branche du droit, la reconnaissance du contrat pérenne s'est faite tardivement en droit de la fonction publique, en deux étapes : d'une part avec la loi du 26 juillet 2005 ; d'autre part, avec la loi dite « Sauvadet » du 12 mars 2012.

Afin de répondre aux problématiques tenant à la précarité des agents non titulaires, notamment alimentées par les renouvellements abusifs des contrats à durée déterminée, et en réponse aux exigences européennes, la loi du 26 juillet 2005 a autorisé le recours aux contrats à durée indéterminée au sein de la sphère publique⁴². Se crée ainsi une nouvelle catégorie d'agents : les agents publics contractuels permanents. La loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique intègre un chapitre III intitulé « lutte contre la précarité ». La loi apporte ainsi diverses nouveautés qui méritent d'être relevées.

⁴² Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *JORF* : 27 juillet 2005, n°173, p 12183

Tout d'abord, au préalable, il convient de rappeler que la loi est une transposition du droit européen, comme elle l'indique clairement. Plus précisément, elle transpose la directive communautaire du Conseil du 28 Juin 1999 concernant les accords-cadres CES, UNICE, et CEEP sur le travail à durée déterminée. Les états membres ont reconnu que : « *les contrats à durée indéterminée sont et resteront la forme générale de relations d'emploi entre employeurs et travailleurs* »⁴³. Les États se sont engagés à prendre trois mesures afin de répondre aux abus quant aux renouvellements successifs des contrats à durée déterminée. La première exigence consiste à déterminer les raisons objectives justifiant le recours aux contrats à durée déterminée. La deuxième mesure impose l'instauration d'une durée maximale totale de contrats de travail à durée déterminée successifs. Et enfin, la troisième exigence vient fixer le nombre de renouvellements des contrats à durée déterminée. La loi de 2005 vient ainsi répondre aux exigences européennes. Toutefois, la solution apportée au problème relevé est bien une réponse française : le contenu spécifique de la loi de 2005 n'est pas dicté par le droit européen. La directive demande à clarifier la situation des agents non titulaires, face à certains abus, et place ainsi la fonction publique française devant « *une alternative claire : soit limiter le recours aux CDD, soit si les CDD sont renouvelés trop souvent, les transformer en CDI* ».

Les nouveautés introduites par la loi de 2005 sont les suivantes : déjà, la loi adopte les mêmes dispositions pour les trois fonctions publiques. La loi concerne les contrats en cours d'exécution, et, lorsqu'un agent contractuel recruté sur un emploi permanent est en fonction à la date de publication de la loi, ou bénéficie d'un congé, le renouvellement successif de son contrat ne pourra excéder six ans. Après ces six années, le contrat reconduit par décision expresse ne pourra l'être que pour une durée indéterminée. Le recours au contrat à durée indéterminée est donc désormais reconnu, et s'il demeure très encadré, il n'est pas imposé. Le contrat à durée indéterminée ne sera pas inévitable, il suffira pour l'administration de ne pas reconduire ce dernier au-delà de six ans.

La loi portant reconnaissance du contrat à durée indéterminée laisse donc en suspens quelques questions importantes : si elle parle explicitement des agents contractuels recruté pour un emploi permanent, concerne-t-elle toutefois tous les agents contractuels ou uniquement ceux qui ont occupé un emploi permanent pendant six ans ? Les autres agents contractuels, ayant effectué des remplacements, durant six années, peuvent-ils bénéficier de la reconduction de

⁴³ JEAN-PIERRE (Didier), « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 Juillet 2005 », in : *La semaine juridique administrations et collectivités territoriales*, n° 35, 29 Août 2005, 1306

leur contrat en CDI ? Cet exemple est très probant, puisqu'il permet d'illustrer deux problématiques découlant de la loi de 2005. D'une part, le recours aux CDI est extrêmement limité. L'administration a toujours le choix de ne pas contracter pour une durée indéterminée, il lui suffit de ne pas accepter de reconduire l'agent contractuel, sauf lorsque quatre conditions cumulatives sont remplies : l'agent est âgé d'au moins cinquante ans, il est en fonction ou bénéficie d'un congé, il justifie d'une durée de service effectifs au moins égale à six ans et occupe un emploi permanent. Si ces quatre conditions sont remplies, le contrat sera automatiquement transformé en contrat à durée indéterminée. Les limitations sont donc nombreuses, puisque certains contrats à durée déterminée sont insusceptibles de reconduction en contrats à durée indéterminée. D'autre part, cette reconduction ne concerne que les contractuels occupant un emploi permanent, et en dernière part, comme cela a été mentionné à diverses reprises, le contrat à durée indéterminée n'est pas inévitable, l'administration pouvant décider de ne pas reconduire le contrat.

La loi de 2005 reconnaît le recours au contrat à durée indéterminée qu'elle rend désormais possible : elle rompt ainsi avec la jurisprudence antérieure, issue de l'arrêt *Bayeux*⁴⁴, mais manque toutefois de clarté. Aucune précision n'est clairement apportée en ce qui concerne les modalités à suivre en cas de licenciement par exemple. Le cruel manque de conditions juridiques de l'agent contractuel est mis en relief avec le caractère désormais permanent de son emploi. Afin de prévoir une carrière, ou encore une évolution de la rémunération, l'étude et la création d'un statut pour le contractuel deviennent un impératif. En effet, « *les mesures de pérennisation d'emploi contractuel n'ont pas cherché à donner aux personnes concernées un statut qui facilite leur carrière ou leur évolution professionnelle [...]. Elles ont visé à garantir des stabilisations d'emplois réguliers dans des organismes publics dans une optique de protection sociale* »⁴⁵. Les conditions énoncées dans la loi de 2005 avantageant les plus de cinquante ans constituent un exemple probant de cette volonté.

La reconnaissance du contrat à durée indéterminée a amorcé bon nombre d'éléments positifs, visant à sécuriser les agents non titulaires. Néanmoins, la loi de 2005 a également suscité de nombreuses interrogations. Ainsi, la loi du 12 Mars 2012, relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction

⁴⁴ CE, 27 octobre 1999, *Bayeux*, n° 178412, *Recueil Lebon* p 335 ; concl. Stahl ; *Droit adm.* : 1999, n°306 ; *Gazette communes* : 13 novembre 1999, p. 64 ; *RFDA* : 1999, p. 1289 ; *RDP* : 2000, p. 362, chron. C. Guettier

⁴⁵ MOURIER (Rachel), *S/d, Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-33

publique⁴⁶, a apporté quelques précisions, participant ainsi à la généralisation du contrat à durée indéterminée dans la fonction publique. Tout d'abord, la loi prévoit une vague de titularisation pour certaines catégories d'agents sous contrat. Ainsi, la loi prévoit la possibilité de titulariser certains emplois permanents occupés par des agents contractuels. La première partie de la loi est la plus critiquée, elle est jugée « *moins aboutie* »⁴⁷ que la seconde partie, car elle renvoie à des décrets du Conseil d'État pour la détermination de la nature des emplois pouvant amener à la titularisation, comme pour les grades et cadres d'emplois auxquels ils pourront accéder. La loi prévoit trois types de recrutement afin d'accéder à la titularisation : des sélections professionnelles organisées par l'employeur public après la consultation d'une commission d'évaluation professionnelle, des concours réservés dont les postes seront attribués en fonction des besoins et des compétences, et enfin des recrutements réservés et sans concours donnant accès au premier grade des emplois de catégorie C. La loi précise également que chaque agent concerné par cette titularisation, devra effectuer un stage. Seuls les agents contractuels de droit public occupant un poste permanent sont visés, ainsi les agents occupant un emploi non permanent et les agents contractuels de droit privé sont exclus.

La deuxième partie de la loi concerne la possibilité de « transformer » le contrat à durée déterminée des agents occupant un emploi permanent en contrat à durée indéterminée. Les nouveautés sont cette fois-ci nombreuses. L'article 8 de la loi prévoit par exemple que : « *la transformation* » du contrat « *en contrat à durée indéterminée est obligatoirement proposée à l'agent contractuel* » si ce dernier occupe un emploi permanent et atteste une ancienneté de six années de service effectif ; « *toutefois, pour les agents âgés d'au moins cinquante-cinq ans à cette même date, la durée requise est réduite à trois années au moins de services publics effectifs accomplis au cours des quatre années précédant la même date de publication* ». Suivant toujours la directive communautaire et ses exigences, la loi clarifie les cas de recours au contrat à durée déterminée, et harmonise cela dans les trois fonctions publiques. Le texte de loi redéfinit les conditions de renouvellement des contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée au terme d'une durée de six ans. Enfin, la loi reconnaît une « portabilité » du contrat à durée indéterminée dans la fonction publique, et répond à certaines questions concernant la mobilité des agents contractuels.

⁴⁶ Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 13 mars 2012, n°0062, p 4498

⁴⁷ MOURIER (Rachel), *S/d, Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-35

La loi de 2012 apporte ainsi quelques avancées notables. Elle vient préciser des éléments flous, et répond à certains questionnements relatifs à l'évaluation, la formation ou encore la rémunération de l'agent contractuel. Si la question de la sécurisation apportée par les lois de 2005 et de 2012 se pose toujours, le « quasi-statut » du contractuel s'étoffe et se construit progressivement, notamment avec les décrets de 2014⁴⁸ et 2015⁴⁹ pour la fonction publique d'État et la fonction publique territoriale.

B - Éléments méthodologiques

Afin de délimiter la recherche, il conviendra d'identifier les sources étudiées de la pérennisation du contrat, les différents acteurs et les disciplines connexes associées.

6 – La pérennisation du contrat dans la fonction publique

Au regard des différents éléments de définition apportés, il convient de distinguer deux éléments rattachés à la pérennisation : d'une part, l'utilisation durable du contrat dans la fonction publique ; d'autre part, le contrat pérenne, autrement dit le contrat à durée indéterminée, dans la fonction publique et ses effets. Le mouvement de « pérennisation » présenté dans l'intitulé de l'étude fait état d'un processus en marche, d'un phénomène en cours, visant à installer durablement le contrat comme mode de recrutement dans la fonction publique.

L'étude se concentrera ainsi sur les deux aspects de la pérennisation afin de savoir, d'un côté, comment le recrutement pérenne s'installe progressivement dans la fonction publique ; et d'un autre côté, en quoi la reconnaissance du contrat pérenne peut être envisagée comme la contractualisation parvenue à son paroxysme, en apposant aux côtés du statut une deuxième relation à durée indéterminée. Toutefois, comme le disait Bachelard, « *l'instrument de mesure finit toujours par être une théorie et il faut comprendre que le microscope est un prolongement de l'esprit plutôt que de l'œil* ». Ainsi, le regard de l'étude ne pourra se cantonner à la simple étude de la polysémie du terme « pérennisation » et à l'approfondissement des questions relatives au contrat pérenne, mais devra identifier les

⁴⁸ Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 5 novembre 2014, n°0256 ; Décret n° 2015-1912 du 29 décembre 2015 portant diverses dispositions relatives aux agents contractuels de la fonction publique territoriale, *JORF* : 31 décembre 2015, n°0303.

⁴⁹ Décret n° 2015-1912 du 29 décembre 2015 portant diverses dispositions relatives aux agents contractuels de la fonction publique territoriale, *JORF* : 31 décembre 2015, n°0303.

raisons dépassant la pérennisation, notamment la volonté idéologique sous-jacente à l'intensification contractuelle et l'insertion du contrat pérenne dans la fonction publique.

Méthodologiquement, il conviendra d'opérer en plusieurs étapes. Le périmètre de l'étude sera, dans un premier temps, circonscrit dans le temps. Il s'agira de partir des origines du droit de la fonction publique et du contrat, jusqu'à la prospective, en tentant modestement d'envisager les évolutions possibles. En effet, les enseignements de l'histoire s'avèrent essentiels. Une étude historique sera ainsi présentée au préalable afin de démontrer que le contrat n'est pas une inconnue du droit de la fonction publique, bien au contraire. Néanmoins, l'étude s'attachera davantage au point clivant faisant émerger le débat contemporain entre recrutement statutaire et recrutement contractuel : depuis le choix du particularisme du droit de la fonction publique, l'émancipation du droit commun du travail, et l'élaboration du statut de la fonction publique jusqu'à nos jours. Il s'agira dès lors de s'attacher aux différents rapports traitant de la fonction publique, à la construction législative et aux évolutions jurisprudentielles, afin d'envisager la mise en œuvre progressive d'un processus favorisant le recrutement contractuel et d'entrevoir le possible droit de la fonction publique de demain.

L'étude sera également circonscrite dans son objet. Il sera traité du contrat de recrutement, autrement dit principalement du contrat individuel, les relations collectives n'étant données qu'en exemple.

7 – Les différentes sources de la pérennisation du contrat identifiées

Le terme de « source » est employé afin de désigner, dans son sens commun, « *ce qui produit quelque chose* »⁵⁰. Autrement dit, il ne s'agit pas d'employer le terme juridique, mais simplement d'identifier les éléments provoquant la « pérennisation », ou du moins contribuant à en intensifier le processus. Trois « sources » seront identifiées et étudiées : tout d'abord, les propositions à travers les différents rapports traitant de la fonction publique, ensuite, la construction législative bien souvent en accord avec les propositions antérieures, et enfin la jurisprudence dont le travail colossal, tant le contentieux est abondant, permettra de répondre aux diverses questions posées par la pérennisation du contrat.

7 – 1 Les rapports traitant de la fonction publique

Les rapports traitant de la fonction publique constituent une première « source » de pérennisation du contrat. En effet, ils contribuent manifestement à alimenter la volonté de

⁵⁰ www.larousse.fr

pérenniser le contrat, puisque ce dernier demeure au cœur des propositions découlant des différents rapports. Bien qu'il ne s'agisse justement que de propositions, différents éléments attestent l'importance de prendre en compte ces derniers, jusqu'à considérer même qu'ils concourent à véhiculer l'idée d'une nécessaire installation durable du contrat comme mode de recrutement. D'une part, les différents rapports apparaissent parfois comme de véritables commandes gouvernementales, dont l'étude peut s'avérer précieuse lorsqu'on la lie à la construction législative lui succédant. D'autre part, les propositions se tournent vers l'avenir, et il s'avère intéressant d'identifier les volontés futures, les perspectives pour la fonction publique et d'en déterminer les orientations voulues et choisies.

Bien que de nombreux rapports traitant de la fonction publique existent, trois rapports seront étudiés de façon plus exhaustive : le rapport Pochard de 2003⁵¹, le livre blanc de Jean-Ludovic Silicani de 2008⁵² et enfin le rapport Pêcheur de 2013⁵³.

7-2 Les dispositions législatives

La construction législative est progressive et suit, parfois, les propositions émanant des différents rapports. L'étude des différentes dispositions législatives est primordiale, non seulement parce qu'elles sont de véritables sources de la pérennisation du contrat, mais surtout parce que les différentes lois mises bout à bout font sens, et témoignent d'une volonté commune depuis 2005. Deux « corpus » de lois seront ainsi étudiés : d'une part, les dispositions favorisant les échanges entre les secteurs public et privé ; d'autre part, les dispositions consacrant le contrat pérenne. Il s'agira ainsi d'identifier la matérialisation des deux dimensions du terme « pérennisation » : la volonté d'ancrer le recrutement contractuel, notamment en s'attendant à une certaine réciprocité, du moins en effectuant des échanges avec le secteur privé et la reconnaissance du contrat pérenne comme point « culminant » de l'installation durable du contrat dans la fonction publique. Différentes lois seront donc étudiées, de la reconnaissance du contrat pérenne avec la loi du 26 juillet 2005, jusqu'à la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires⁵⁴.

Chaque loi apporte une pierre à l'édifice et permet d'identifier avec plus de discernement la volonté émergente et se poursuivant dans le temps : à savoir la volonté de « réformer » en

⁵¹ Conseil d'Etat, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n° 54

⁵² SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008

⁵³ PECHEUR (Bernard), *Rapport sur l'avenir de la fonction publique*, Bibliothèque des rapports publics, La documentation française, 2013

⁵⁴ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* : 21 avril 2016, n°0094, texte n°2

douceur le modèle de la fonction publique. La loi de 2007 portant sur la modernisation de la fonction publique⁵⁵, la loi de 2009 traitant de la mobilité⁵⁶ ou encore la loi de 2010 sur la rénovation du dialogue social⁵⁷, lorsqu'elles sont étudiées conjointement, témoignent d'un souhait d'estomper les démarcations, autrefois prononcées, entre le secteur public et le secteur privé. Bien évidemment, les lois de 2005 et de 2012, avec la reconnaissance du contrat pérenne puis sa généralisation, apparaissent, de façon plus distincte, comme une préférence désormais presque avouée et revendiquée envers le recrutement contractuel.

Toutefois, la construction législative qui témoignait d'une certaine constance dans l'objectif qui semblait être sien, voit ses volontés opacifiées par la loi du 20 avril 2016⁵⁸. La loi du 20 avril 2016 amène à se poser diverses questions : d'une part, concernant la procédure d'adoption de la loi ; d'autre part, les nouveautés intégrées appellent à s'interroger quant à la volonté exprimée par la loi. En effet, très attendue, la loi relative à la déontologie semblait une priorité qu'on se devait de finaliser rapidement. Or, depuis 2013 très peu d'avancées ont été perceptibles, d'autres chantiers semblant devancer les questions relatives à la fonction publique. Si l'accélération de la procédure durant l'été 2015 a fait aboutir le projet de loi assez rapidement, une fois encore, d'autres réformes polémiques ont davantage occupé le débat public. Sur le fond, si la volonté dégagée initialement dans la loi semblait clairement différenciée de celle émanant de la construction législative antérieure, les différents amendements, ou encore le changement de gouvernement, ont conduit à une certaine « édulcoration » progressive de la loi déontologie. Dès lors, la loi promulguée semble bien moins contraster avec la construction législative précédente, et certaines contradictions apparaissent : la volonté promue dès la présentation de la loi était celle d'une réaffirmation de l'attachement au statut ; or, par exemple, la loi de 2016 permet de généraliser le primo-recrutement en CDI. Ainsi, il semblerait que l'objectif de réhabilitation de la logique statutaire ne soit pas poursuivi, et le contrat pérenne demeure au cœur des nouvelles dispositions.

7 – 3 La jurisprudence

Enfin, la dernière « source » de la pérennisation du contrat identifiable est la jurisprudence. En effet, si cette dernière ne crée pas réellement la pérennisation, elle participe néanmoins à

⁵⁵ Loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, *JORF* : 6 février 2007, n°31, p 2160

⁵⁶ Loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, *JORF* : 6 août 2009, n°0180, p 13116

⁵⁷ Loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 6 juillet 2010, n°0154, p 12224

⁵⁸ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* : 21 avril 2016, n°0094, texte n°2

encadrer les questions, nombreuses, relatives au contrat pérenne et apporte ainsi un cadre essentiel. L'étude de la jurisprudence est extrêmement démonstrative, car bien évidemment, elle se distingue des volontés politiques, du processus de pérennisation du contrat, démontrant un décalage constant entre la volonté d'intégrer le recrutement contractuel et la nécessaire préservation du principe incarné par le recrutement statutaire. Hostile au contrat pérenne, la jurisprudence a rappelé à maintes reprises que le contrat pérenne n'était pas le contrat de droit commun en droit de la fonction publique, notamment avec le célèbre arrêt du Conseil d'État *Bayeux*⁵⁹. Toutefois, progressivement, les réticences ont bien dû se rompre pour une mise en conformité avec le droit positif, et un arrêt relativement récent semble revenir sur la jurisprudence *Bayeux*. En effet, l'arrêt du Conseil d'État du 30 septembre 2015⁶⁰ est venu reconnaître le recrutement initial en CDI concernant les agents occupant un emploi fonctionnel dans la fonction publique territoriale, sans obligation de déclaration préalable de vacance d'emploi. Si la décision n'est pas étonnante, simplement conforme aux dispositions législatives et aux volontés du législateur, l'exemple de l'arrêt de 2015 est démonstratif : si des réticences et une certaine hostilité de la jurisprudence envers le contrat pérenne, exception au principe statutaire, pouvaient être relevées, elles s'avèrent désormais contenues par un appareil législatif étoffé.

La jurisprudence et le nécessaire aménagement entre les principes régissant le droit de la fonction publique, la faveur statutaire et le recrutement contractuel démontrent toute la complexité du sujet. Concernant l'agent non titulaire, la jurisprudence apparaît également capitale afin d'encadrer bon nombre de questions, induites principalement par une absence de cadre et de statut clair de l'agent non titulaire. La jurisprudence assure également un rôle de protection déterminant pour les agents précaires, en sanctionnant les comportements abusifs et en tentant de contenir une précarité de plus en plus importante. Il est bien difficile de faire état de tout le contentieux, tellement ce dernier est abondant, comme le rappelle notamment Didier Jean-Pierre : « *Pas un mois en effet, ne passe, sans que de nouvelles décisions jurisprudentielles soient rendues, apportant ici et là, certes d'utiles interprétations des textes*

⁵⁹ CE, 27 octobre 1999, *Bayeux*, n° 178412, *Recueil Lebon* p 335 ; concl. Stahl ; *Droit adm.* : 1999, n°306 ; *Gazette communes* : 13 novembre 1999, p. 64 ; *RFDA* : 1999, p. 1289 ; *RDP* : 2000, p. 362, chron. C. Guettier

⁶⁰ CE, 30 septembre 2015, n°375730, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques ctre Communauté d'agglomération Côte Basque-Adour*, n°375730, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : novembre 2015, p 2105, note M.-C. De Montecler : « *Considérant que les dispositions citées ci-dessus de l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984 autorisent le recrutement direct, sans publicité de la création ou de la vacance de l'emploi dont il s'agit ni concours, de fonctionnaires ou d'agents non titulaires, pour occuper les emplois fonctionnels dont elles dressent la liste ; que ces dispositions, qui ne fixent pas la durée des contrats de recrutement qui peuvent être proposés dans ce cadre, doivent être regardées comme dérogeant aux dispositions des articles 3-3 et 3-4 de la loi du 26 janvier 1984 qui régissent la durée des contrats conclus par les collectivités et établissements publics territoriaux en vue du recrutement des agents non titulaires pour occuper des emplois permanents ; qu'il en résulte que le recrutement d'un agent non titulaire, sur le fondement des dispositions de l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984, peut donner lieu à un contrat à durée déterminée ou à durée indéterminée* ».

en vigueur, mais donnant aussi un peu le vertige face à la foultitude d'informations à appréhender »⁶¹. Ainsi, l'étude ne s'aventurera pas vers l'élaboration exhaustive de l'état du contentieux en matière de pérennisation du contrat au sens large, il s'agira de sélectionner différents arrêts démonstratifs ou fondateurs.

8- Les différents acteurs étudiés dans l'étude de la pérennisation du contrat

Afin de traiter du contrat pérenne, l'étude présentera différents éléments intrinsèquement liés au contrat pérenne, comme le contrat à durée déterminée, le recrutement statutaire, ou encore les situations éparses des agents non titulaires. S'ensuivra l'étude de différents acteurs, qu'il convient d'ores et déjà de définir.

8 – 1 Les trois fonctions publiques

L'étude ne se focalisera pas sur une fonction publique, mais bien sur les trois versants de la fonction publique. En effet, la fonction publique d'État, la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière, méritent d'être appréhendées, tantôt conjointement, tantôt distinctement. D'une part, conformément aux volontés dégagées depuis les années 1980 tenant à une harmonisation de la fonction publique, il convient d'appréhender la fonction publique dans sa globalité, pour en avoir une vision générale et commune. D'autre part, étudier les trois fonctions publiques est parfois très instructif, car bien que le principe soit celui de l'unité, certaines différenciations apportent parfois un autre point de vue, intéressant pour l'étude. Bien souvent, on retrouvera des caractéristiques récurrentes : la fonction publique d'État fait office de « bon élève » car elle est la plus contenue ; la fonction publique territoriale sera, au contraire, souvent prise comme « contre-exemple », négligeant les principes la régissant ou notamment un certain déversement de la fonction publique d'État sur cette dernière. La fonction publique territoriale sera particulièrement instructive concernant la

⁶¹ JEAN-PIERRE (Didier), « Recrutement sur les emplois fonctionnels mentionnés à l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984 : le recours au CDI est possible », in : *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°5, 8 février 2016, 2033 : « Indifférent aux saisons, et telles certaines fleurs qui refleurissent chaque mois, le contentieux relatif aux agents contractuels devant le Conseil d'État paraît ne jamais devoir connaître de fin de floraison. Les modifications réglementaires intervenues fin 2014 et durant l'année 2015 par des décrets concernant les agents contractuels des trois fonctions publiques civiles ne devraient pas contribuer à interrompre ce mouvement. Pas un mois en effet, ne passe, sans que de nouvelles décisions jurisprudentielles soient rendues, apportant ici et là, certes d'utiles interprétations des textes en vigueur, mais donnant aussi un peu le vertige face à la foultitude d'informations à appréhender. S'il nous est difficile d'apprécier si, quantitativement, le contentieux des agents non titulaires est en réelle augmentation, il est en revanche indéniable que celui-ci voit ses problématiques renouvelées par la survenance de difficultés liées à l'application de nouveaux textes (on songe évidemment à la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 et demain à la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès l'emploi titulaire mais aussi à l'introduction de nouvelles dispositions dans les décrets relatifs aux agents contractuels) qui ont créé de nouveaux enjeux pour les requérants se résument souvent à tenter d'obtenir une transformation ou une requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée ».

pérennisation du contrat et l'assise du recrutement contractuel par ailleurs. Enfin, la fonction publique hospitalière apparaît comme un versant « à part », dont la cohabitation avec le contrat est presque originelle.

Ainsi, l'étude utilisera les convergences et les spécificités des trois fonctions publiques afin de dresser un état des lieux général, et d'être en mesure de faire des propositions communes aux trois fonctions publiques.

8 – 2 Le fonctionnaire

Un autre acteur sera également au cœur de l'étude : l'agent titulaire, ou le fonctionnaire. En effet, avant de se confronter au contrat pérenne, donc davantage à l'agent non titulaire ou à l'agent contractuel, il conviendra de s'attacher au recrutement de principe. Afin de comprendre en quoi le recrutement contractuel est une exception, et d'identifier les difficultés d'apposer une seconde relation à durée indéterminée aux côtés du fonctionnariat, l'étude établira à diverses reprises des comparaisons et confrontations entre l'agent titulaire et le non titulaire. Il convient dès lors de définir ce dernier.

L'agent titulaire est l'acteur « type ⁶² » dans la fonction publique puisqu'il repose sur le recrutement statutaire de principe. On utilisera sans distinction les termes d'agent titulaire ou de fonctionnaire. Toutefois, lorsqu'on s'attache aux définitions et à l'étymologie des deux termes, ces derniers ne sont pas identiques.

Le terme « *agent* », provenant du latin « *agens* », désigne celui « *qui agit pour* »⁶³. Le « *titulaire* », du latin « *titulus* », est « *celui qui a le titre* »⁶⁴. Autrement dit, l'agent titulaire est celui qui agit pour l'État, muni d'un titre à cet effet.

Le terme « *fonctionnaire* » est un dérivé du mot « *fonction* ». Du latin « *officium* », la fonction désigne « *l'emploi, l'office, le service* »⁶⁵. Le mot fonctionnaire est apparu vers 1770, néanmoins il était alors rapproché du « *salarié* », puisqu'on utilisait indifféremment les deux termes. Le fonctionnaire est donc l'employé, l'officier, ou le serviteur. « *Officium* »⁶⁶ renvoie également à des notions de serviabilité ou encore d'obéissance, mettant en exergue le fait que le fonctionnaire est avant tout un serviteur de l'État.

⁶² Au sens de la définition suivante : « Ensemble de traits correspondant à une sorte de modèle générique », in : www.larousse.fr

⁶³ GAFFIOT (Félix), *Le Gaffiot dictionnaire latin-français de poche, op. cit.*, p 84

⁶⁴ *Ibid.*, p 1579

⁶⁵ *Ibid.*, p 1074

⁶⁶ *Ibid.*, p 1074

Le fonctionnaire est dans une situation légale, statutaire et réglementaire. La fonction publique d'État, par exemple, désigne les fonctionnaires comme « *les personnes qui ont été nommées dans un emploi permanent à temps complet et titularisées dans un grade de la hiérarchie des administrations centrales de l'État, des services déconcentrés ou dépendant des établissements publics de l'État* ». Les fonctionnaires sont donc les personnes nommées dans un emploi permanent, en principe à temps complet, et titularisées dans un grade. On retrouve dès lors des notions intrinsèquement liées comme la nomination, la titularisation ou encore le grade.

Le fonctionnaire apparaît comme l'acteur central de la fonction publique, le « modèle » ; néanmoins, il sera utile d'opérer quelques précisions. D'une part, le fonctionnariat ne demeure pas imperméable aux questions relatives au contrat, qui auront également des conséquences sur les agents titulaires. D'autre part, l'étude du fonctionnaire sera précieuse afin de s'émanciper d'un certain nombre d'idées reçues concernant, notamment, la sécurité et la protection dont bénéficient les agents titulaires. Bien que ces derniers ne semblent pas, *a priori*, touchés par des questions de précarité, il s'avère en réalité que l'insécurité frappe également les fonctionnaires, notamment lorsqu'il est question de travail à temps non complet. Lorsque l'on aborde l'avenir de la fonction publique, on traite nécessairement du fonctionnaire de demain.

8 – 3 L'agent non titulaire

L'acteur désigné dans la présente étude est bien évidemment l'agent non titulaire. Puisqu'il est question de contrat pérenne, le sujet porte sur les agents dont la relation avec l'administration est contractuelle. Toutefois, l'étude s'intéressera à la catégorie des agents non titulaires et non exclusivement à celle des agents contractuels. En effet, la catégorie des agents non titulaires révèle certaines caractéristiques indispensables à la compréhension du sujet. Si les agents pérennes sont des agents contractuels à durée indéterminée, ils le sont devenus principalement en raison de l'insécurité et l'instabilité découlant de la catégorie d'agent non titulaire de façon générale.

L'agent non titulaire, comme son nom l'indique clairement, est celui qui, dans la fonction publique, ne dispose pas d'un titre pour agir. Il s'agit ainsi d'une catégorie « générique », regroupant toutes les personnes servant l'État sans disposer de titre. La définition peut apparaître insatisfaisante, puisqu'elle est négative : elle désigne les personnes en fonction de ce qu'elles ne sont pas.

L'agent contractuel est celui qui agit pour l'État en vertu d'un engagement établi par contrat, du latin « *contractus* » signifiant « *prendre engagement* »⁶⁷. Si l'agent ne dispose pas d'un titre, il possède un contrat afin de servir l'État. L'agent contractuel fait partie de la catégorie générique d'agent non titulaire, comme le vacataire, le stagiaire ou encore l'auxiliaire.

Parmi les agents non titulaires, on retrouve différents agents, aux statuts et situations éparses. Cette première constatation laisse présager quelques difficultés : le caractère hétéroclite de la notion même d'agent non titulaire démontre, d'une part, une difficulté tenant à l'établissement d'un statut « commun » ; d'autre part, un facteur précarisant puisqu'il est bien difficile de contenir la précarité sans cadre stable et clair. L'étude s'intéressera ainsi à la catégorie d'agent non titulaire de façon globale, afin de comparer les différents statuts et tenter de comprendre les origines de la précarité frappant les agents.

Il conviendra également d'étudier les différentes avancées concernant la catégorie d'agents non titulaires. Si ces derniers demeurent précaires, un « pré-statut » s'étoffe peu à peu. Les questions relatives au contrat pérenne semblent avoir accéléré la réflexion quant à l'élaboration d'un statut : désormais, les agents pérennes nécessitent, par exemple, que l'on prévoit une carrière pour ces derniers. Ainsi, différents décrets⁶⁸ explicitent des dispositions demeurant vagues concernant l'agent contractuel pérenne. Néanmoins, sachant que les problématiques persévèrent dans ce sens, le travail de sécurisation en cours concerne principalement les agents contractuels, alors que de nombreux agents non titulaires demeurent en situation précaire, régis par des dispositions éparses ou peu claires, conduisant à certaines hésitations jurisprudentielles.

9– Les disciplines « voisines » du droit de la fonction publique étudiées

Parmi les nombreux enseignements qui peut être retiré de la méthodologie de la présente étude, il y en un qui se distingue avec force : l'imbrication des différentes disciplines, juridiques ou connexes à travers les « sciences sociales » que l'on traite nécessairement dans une telle étude. En effet, le droit est un instrument au service de la société, il nécessite ainsi que l'on étudie cette dernière, dans ses fondements philosophiques, ou encore à travers les

⁶⁷ GAFFIOT (Félix), *Le Gaffiot dictionnaire latin-français de poche, op. cit.*, p 420

⁶⁸ Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 5 novembre 2014, n°0256 ; Décret n° 2015-1912 du 29 décembre 2015 portant diverses dispositions relatives aux agents contractuels de la fonction publique territoriale, *JORF* : 31 décembre 2015, n°0303.

études sociologiques élaborées afin de la comprendre. Il serait donc impossible d'étudier le contrat pérenne uniquement sous le prisme du droit de la fonction publique. Sans faire un étalage exhaustif de toutes les disciplines traitées, il convient de regrouper ces dernières en trois corpus : les autres branches du droit, la philosophie et la sociologie et, enfin, les sciences politiques et les sciences de gestion.

9 – 1 Les disciplines juridiques connexes

Il sera traité dans la présente étude de différentes branches du droit public, notamment du droit constitutionnel et du droit administratif. Bien évidemment, la Constitution étant la norme suprême, il sera bien souvent nécessaire de rappeler certains principes à valeur constitutionnelle notamment, comme lorsqu'il est question de l'absence de licenciement économique dans la fonction publique ou encore du principe d'unité de la fonction publique. Le droit de la fonction publique étant un « *volet* » du droit administratif, on s'intéressera au contrat en droit administratif.

Toutefois, une autre branche du droit sera déterminante dans la recherche : le droit de l'Union européenne. Non seulement l'Union européenne pourrait être identifiée comme un autre acteur de la pérennisation du contrat, mais encore le droit européen et son étude s'avèrent indispensables pour deux raisons : d'une part, le droit de l'Union de façon générale se distingue bien souvent du droit français et de la fonction publique « à la française », entraînant des problématiques récurrentes lorsqu'il convient d'intégrer les exigences européennes dans le droit national. D'autre part, le droit européen est également une véritable « source » d'informations, puisque l'étude des différentes fonctions publiques des États membres apporte différents points de vue et idéologies, ce qui met en exergue des propositions diverses des nôtres.

Il sera ainsi procédé, ponctuellement, à diverses études de droit comparé. Le droit comparé permet de relever des problématiques communes et souligne les spécificités des solutions nationales. L'exemple de la fonction publique britannique sera étudié à diverses reprises puisqu'il apparaît comme le parfait opposé au modèle français. De même, la fonction publique espagnole, similaire à la française, sera prise en exemple. Enfin, l'exemple le plus récurrent sera celui du droit italien, car autrefois semblable au modèle français, il a récemment changé de modèle au profit d'un système d'emploi.

Le droit privé sera également étudié. Lorsqu'il s'agit de thématiques comme le phénomène de contractualisation, il est important de mesurer l'étendue du phénomène à travers d'autres branches du droit : par exemple le droit de la famille ou encore le droit des sûretés.

Toutefois, en matière de droit privé c'est davantage le droit social qui occupera une place prépondérante dans l'étude comparative qui sera engagée. En effet, les échanges avec le droit du travail, les notions de salariat et de fonctionnariat, ou encore l'hybridation du droit de la fonction publique et du droit du travail sont intrinsèquement liés à la pérennisation du contrat dans la fonction publique. Le droit du travail apparaît parfois comme un modèle, mais regroupe également des problématiques communes au droit de la fonction publique, notamment lorsqu'il est question de gestion ou de logique comptable. Pourtant, il sera traité de droit social et non uniquement de droit du travail, car d'autres comparaisons seront exécutées : ces dernières porteront parfois sur le droit de la sécurité sociale, lorsqu'il est question de jour de carence pour les fonctionnaires par exemple.

9 – 2 La philosophie et la sociologie

Du grec « *philein* » signifiant « aimer » et « *sophia* » traduit par la « sagesse », la philosophie serait, littéralement, « l'amour de la sagesse ». La philosophie, comme science, désigne « *l'ensemble de conceptions portant sur les principes des êtres, et des choses, sur le rôle de l'Homme et, de façon générale, sur tous les grands problèmes de la métaphysique* »⁶⁹.

Toute construction intellectuelle débute par un développement philosophique. Les origines de d'État et le contrat social, par exemple, fondent notre société. Il est donc important d'étudier certains fondements de la philosophie et d'expliquer diverses notions et théories à l'appui des recherches philosophiques.

La sociologie se définit de la façon suivante : du latin « *socius* », signifiant « associé » ou « compagnon », et du grec « *logos* » se traduisant par « discours » ou « parole », la sociologie désigne « *l'étude scientifique des sociétés humaines et des faits sociaux* »⁷⁰. Le droit étant un instrument de la société, il s'avère essentiel d'étudier cette dernière afin de comprendre les comportements, ou encore l'utilisation de certains mécanismes. Comme l'expliquait Gaston Jèze, le juriste est avant tout celui qui ne se contente pas de connaître la norme, mais l'appréhende dans son contexte : économique, social, politique, culturel, etc...⁷¹. La

⁶⁹ www.larousse.fr

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ JEZE (Gaston), *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p 2-3

sociologie apparaît ainsi comme une science précieuse afin de comprendre l'héritage sociale⁷², la méfiance des fonctionnaires lorsqu'il est question de réformer la fonction publique⁷³ ou encore le processus d'intégration d'une nouvelle recrue dans une institution⁷⁴.

9 – 3 La science politique et les sciences de gestion

Définir la science politique peut apparaître très complexe, puisque deux notions se distinguent : d'une part, la science politique serait la « *science du pouvoir* » ; d'autre part, la science politique se définirait comme « *l'étude de l'État, de ses objectifs, des institutions qui permettent de les réaliser, des relations de l'État avec les individus membres et les autres États, et aussi ce que les hommes ont pensé, écrit et dit sur ces questions* »⁷⁵. Le droit est bien souvent lié à la science politique, dont l'objet peut parfois se confondre avec le sien. Lorsqu'il est question de droit de la fonction publique, étudier la science politique s'avère incontournable. Liées à l'exercice du pouvoir et de la puissance publique, certaines questions relevant du droit de la fonction publique s'animent par une étude en science politique, notamment lorsqu'il est question de la préférence contractuelle. En effet, le contrat révèle une méthode de gouvernement particulière, visant à recueillir le consentement de la personne contrainte par exemple.

Enfin, il sera également traité de problématiques relevant davantage des sciences de gestion. Ces dernières regroupent différentes disciplines : la gestion des ressources humaines, la finance, ou encore la comptabilité. A l'heure des restrictions budgétaires, de la rationalisation des dépenses, les questions portant sur la gestion occupent une place de plus en plus importante, notamment dans la fonction publique. Autrefois délaissées, les disciplines relevant de la gestion sont désormais au cœur de différents processus, au point de sembler prédominer. On ne peut, dès lors, traiter du recrutement contractuel ou de contrat pérenne sans s'intéresser aux politiques menées en termes de gestion des ressources humaines par exemple. Le « *new public management* » ou nouvelle gestion publique est un concept d'administration dont l'influence est désormais significative dans la fonction publique qui se « *gestionnarise* » progressivement.

⁷² BOURDIEU (Pierre), PASSERON (Jean-Claude), *Les héritiers : les étudiants et la culture*, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. « Grands documents », n° 18, 1964, 183 p

⁷³ EMERY (Yves), GIAUQUE (David), *Paradoxes de la gestion publique*, Paris : L'harmattan, 2005, 252 p., p172-173.

⁷⁴ FELDMAN (Daniel, Charles), *A contingency theory of socialization*, 1976

⁷⁵ www.larousse.fr

10 – Les notions connexes soulevées par les effets de la pérennisation du contrat

Il s'agit de soulever les questions posées par le sujet, au regard des éléments étudiés précédemment et des informations qu'ils procurent.

Comme cela a été précisé auparavant, la « pérennisation » est l'action de rendre durable. Une interrogation principale s'impose ainsi : pourquoi le contrat, un moyen de recrutement qui ne devrait être que temporaire dans la fonction publique, persiste-t-il encore ? Les premières questions portent donc sur l'utilisation du contrat, qui demeure encore un moyen de recrutement dans la fonction publique.

Les autres interrogations portent sur le contrat pérenne. Depuis 2005, le contrat à durée indéterminée est reconnu dans la fonction publique. Néanmoins, le contrat était déjà pérenne avant la loi de 2005, puisque cette dernière tente de résorber l'utilisation abusive des contrats à durée déterminée. Ainsi, les contrats à durée déterminée étaient renouvelés, de façon quasi-perpétuelle, ce qui faisait d'eux des contrats à durée indéterminée « cachés ». Bien que la reconnaissance du contrat pérenne puisse être identifiée comme une officialisation d'un fait officieux, il convient de relever les effets du contrat pérenne et les questions qu'il soulève : peut-on y entrevoir une consécration du phénomène de contractualisation balayant le droit de la fonction publique ? Est-ce l'aboutissement du processus de métissage entre droit du travail et droit de la fonction publique ? Ou encore, le contrat pérenne accentue-t-il une certaine dualité dans la fonction publique ?

Afin de regrouper les différentes questions soulevées par le sujet, des thématiques associant la pérennisation du contrat et des notions connexes seront étudiées.

10- 1 Pérennisation et sécurisation

La question de la sécurisation de l'agent non titulaire est fondamentale dans la présente étude. Elle est la motivation des lois votées en la matière : « *lutte contre la précarité* », « *l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique* »⁷⁶. La justification de la consécration du contrat pérenne est donc claire : il s'agit de sécuriser les agents contractuels précaires. Les termes de pérennisation et de sécurisation s'associent ainsi avec évidence : ce qui est durable, permanent, « éternel » serait sûr. L'étude

⁷⁶ Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 13 mars 2012, n°0062, p 4498

démontrera ainsi les raisons justifiant le contrat pérenne et la mise en œuvre de ce dernier afin de sécuriser les agents contractuels à durée déterminée et précaires. Il est indéniable que le contrat pérenne apporte une sécurisation, en stabilisant les relations temporaires précaires par une durée indéterminée. Néanmoins, ce qui apparaît comme permanent, n'est pas toujours conjugué avec stabilité et sécurité. Si l'objectif est clairement affiché, il s'agira de déterminer s'il demeure celui réellement poursuivi. La sécurisation est réelle, mais certaines questions et constatations amèneront à nuancer le propos. La pérennisation du contrat permet de sécuriser des agents contractuels précaires, mais qu'en est-il des autres agents non titulaires ? Comment peut-on résorber la précarité dans la fonction publique, lorsque le dispositif proposé ne concerne qu'une partie des agents précaires ? Il conviendra dès lors de s'interroger quant à l'efficacité du dispositif. Enfin, le contrat pérenne et certaines de ses faiblesses, notamment la sécurisation partielle qu'il procure, souligneront d'autres problématiques récurrentes, comme la nécessité d'élaborer un statut de l'agent non titulaire ou de restreindre le périmètre de ce dernier.

10 – 2 Pérennisation et précarisation

Lorsqu'on traite de sécurité, on étudie nécessairement son opposé : la précarité. Si le contrat s'installe, notamment *via* le contrat pérenne, il apparaît que c'est précisément pour lutter contre la précarité. Il conviendra dès lors dans la présente étude de traiter de la précarité dans la fonction publique, afin d'expliquer la solution apportée par la consécration du contrat pérenne. Toutefois, l'étude de la précarité, « *l'absence d'une ou plusieurs des sécurités, notamment celle de l'emploi, permettant aux personnes et aux familles d'assumer leurs obligations professionnelles, familiales et sociales et de jouir de leurs droits fondamentaux* »⁷⁷, révèle certains paradoxes. D'une part, les agents précaires ne sont pas toujours ceux que l'on croit. En effet, si la précarité des agents non titulaires semble évidente, puisque ces derniers ne bénéficient pas de la sécurité de l'emploi, le phénomène semble également toucher les agents titulaires, notamment lorsqu'il est question de réduction du temps de travail. D'autre part, ce qui sera un élément déterminant, la précarité semble, de manière extrêmement paradoxale, induite par le recrutement contractuel et le contrat pérenne lui-même. En effet, derrière les questions de précarité se cachent d'autres éléments,

⁷⁷ WRESINSKI (joseph), Grande pauvreté et précarité économique et sociale, rapport présenté au nom du Conseil économique et social, 1987 : « *« La précarité est l'absence d'une ou plusieurs des sécurités, notamment celle de l'emploi, permettant aux personnes et aux familles d'assumer leurs obligations professionnelles, familiales et sociales et de jouir de leurs droits fondamentaux. L'insécurité qui en résulte peut être plus ou moins étendue et avoir des conséquences plus ou moins graves et définitives. Elle conduit à la grande pauvreté, quand elle affecte plusieurs domaines de l'existence, qu'elle devient persistante, qu'elle compromet les chances de réassumer ses responsabilités et de reconquérir ses droits par soi-même, dans un avenir prévisible ».*

notamment la dualité de la fonction publique. Le fait que la fonction publique semble partagée entre une logique statutaire et une logique contractuelle entraîne une certaine disparité et des difficultés vectrices de précarité. Autrement dit, la pérennisation du contrat serait associée à une sécurisation des agents lorsqu'elle est envisagée sous le prisme du contrat pérenne, mais serait également jumelée avec une précarisation de la fonction publique lorsque l'on traite de l'installation durable du mécanisme contractuel dans la fonction publique. Le paradoxe est frappant, puisque le contrat pérenne tantôt permettrait de sécuriser les agents contractuels précaires, tantôt renforcerait une forme de précarité dans la fonction publique en menaçant la préférence statutaire. La question qui s'impose porte donc sur la conscience de l'effet précarisant du contrat et la volonté sous-jacente : le contrat pérenne serait-il consacré afin de contourner le statut ? L'emploi du terme de « précarisation », « *l'action de rendre quelque chose instable et peu durable* »⁷⁸, prendrait tout son sens.

10- 3 Pérennisation et contractualisation

Lorsque l'on traite de pérennisation du contrat, ses raisons et ses effets, on ne peut évacuer un phénomène relevé par la doctrine : la contractualisation. En effet, on pourrait identifier dans les raisons amenant à installer durablement le contrat dans la fonction publique, une certaine manifestation d'un phénomène plus général, touchant le droit de façon transversale : l'installation du contrat dans des domaines où on ne l'attendait pas *a priori*. Le phénomène de contractualisation n'est pas exclusivement constaté en droit de la fonction publique, néanmoins, c'est bien la progression dans cette dernière qui occupera principalement l'étude. Comme expliqué auparavant, le phénomène de contractualisation vise à identifier l'intégration de mécanismes contractuels dans des domaines où il n'est pas envisagé. En droit de la fonction publique, on constate ce phénomène dans les relations individuelles et collectives, de façon générale. Le mécanisme contractuel apparaît, tantôt comme une nouveauté visant à moderniser l'action de l'administration, tantôt comme un véritable remède à des problématiques complexes. Autrement dit, le contrat véhiculerait des vertus curatives et innovantes. Le phénomène de contractualisation expliquerait ainsi la préférence contractuelle émergeant progressivement dans la fonction publique. Toutefois, le contrat pérenne pourrait également être identifié comme une consécration du phénomène de contractualisation. En effet, on ne s'attendait pas à trouver un contrat de recrutement à durée indéterminée en droit de la fonction publique, alors qu'une relation à durée indéterminée sécurisée et stable était déjà érigée en principe. Le contrat pérenne pourrait peut-être être identifié comme le

⁷⁸ www.larousse.fr

paroxysme du phénomène. Non seulement on appose aux côtés du statut une deuxième relation à durée indéterminée, mais encore on pérennise une exception : le recrutement contractuel. Il conviendra ainsi de s'interroger quant à la pertinence des vertus prétendument véhiculées par le contrat, comme sur les manifestations du phénomène de contractualisation : il s'agira notamment de rechercher si le phénomène a atteint son apogée avec le contrat pérenne ou s'il peut encore trouver des manifestations plus concrètes, mais également de constater si le phénomène de contractualisation ne prive pas progressivement de sens toute logique statutaire.

10 – 4 Pérennisation et métissage

Lorsqu'on étudie la pérennisation du contrat, force est de constater que les échanges entre droit du travail et droit de la fonction publique s'intensifient. Ce n'est pas une nouveauté, les deux branches du droit ont toujours dialogué, tant leur objet peut parfois s'avérer similaire. Toutefois, si les divergences et les convergences entre les deux branches du droit ont toujours été l'objet de préoccupations doctrinales, de l'Ancien Régime à nos jours, le débat persiste aujourd'hui, comme l'attestent nombreuses manifestations. La pérennisation du contrat dans la fonction publique est l'occasion de constater les différents emprunts effectués. En effet, l'utilisation du contrat se pérennise à travers l'insertion de mécanismes privatistes, inspirés grandement par le droit du travail. Les réformes se succédant depuis 2005 apportent divers exemples : une promotion de la mobilité entre les secteurs privés et publics, l'emprunt de certaines instances présentes en droit du travail comme le CHSCT ou encore l'introduction du travail temporaire renvoyant directement au code du travail. Bien d'autres exemples seront étudiés, toutefois les influences sont parfois implicites, comme lorsqu'il est constaté un changement de sémantique avec l'insertion de notions telle que la performance, étrangère auparavant au droit de la fonction publique. Si le droit du travail influence le droit de la fonction publique, une réciproque est également constatée. Par exemple, le juge judiciaire utilise de plus en plus les outils du juge administratif comme le contrôle de proportionnalité. On assiste dès lors à une certaine publicisation du contentieux en droit du travail. L'étude recherchera ainsi si, puisque les deux branches du droit opèrent des emprunts significatifs, on assiste à un métissage progressif du droit du travail et du droit de la fonction publique. Différents termes seront employés, celui de « métissage » désignant « *un croisement entre animaux de la même espèce, mais de races différentes, destiné à créer, au bout de*

quelques générations, une race aux caractéristiques intermédiaires »⁷⁹. Si le « métissage » est davantage utilisé en botanique ou en zoologie, il sera intéressant d'adopter le terme afin de comprendre le croisement opéré entre droit du travail et droit de la fonction publique, dont le contrat pérenne pourrait apparaître comme un exemple des plus probants. On utilisera également les termes « d'hybridation » ou encore de « syncrétisme ». L'hybridation entre droit du travail et droit de la fonction publique soulève bien évidemment de nombreuses questions : jusqu'où l'hybridation pourrait-elle aller ? Le phénomène peut-il s'endiguer, ayant atteint ses limites avec le contrat pérenne, ou donnera-t-il naissance à un nouveau droit métissé ? Il conviendra dès lors d'envisager l'émergence d'un droit regroupant le droit du travail et le droit de la fonction publique, de se demander si ce dernier est envisageable, ou souhaitable. Bien que des emprunts soient indéniablement constatés, il conviendra de rappeler la singularité des deux branches du droit, notamment concernant les principes régissant la fonction publique, mais aussi d'appréhender le métissage à la lumière des changements d'idéologies traversant le droit de la fonction publique et le droit du travail : les emprunts constatés entre les deux branches du droit démontrent-ils une « aimantation » entre ces derniers ou ne sont-ils que les stigmates d'une nouvelle idéologie influant sur les deux branches du droit ? L'insertion durable du mécanisme contractuel dans la fonction publique est-il la conséquence d'une influence travailliste ou davantage un moyen d'intégrer les instruments de prédilection d'une logique gestionnaire influençant le droit de la fonction publique ?

10 – 5 Pérennisation et droit de l'Union européenne

Comme indiqué auparavant, le droit de l'Union européenne occupera également une place prépondérante dans la recherche. La pérennisation semble indissociable du droit européen. En effet, l'acteur européen apparaît même, régulièrement, comme la justification principale de l'insertion du mécanisme contractuel dans le recrutement. La loi de 2005 reconnaissant le contrat pérenne est une loi de transposition de directives européennes. Autrement dit, la reconnaissance du contrat pérenne serait une réponse aux exigences européennes. Toutefois, il conviendra d'identifier et mesurer la véritable influence du droit de l'Union lorsqu'il est question de pérennisation du contrat. Le droit européen apparaît en décalage avec la conception française du droit de la fonction publique. En effet, si en France le particularisme l'a emporté, comme l'émancipation du droit commun du travail et que l'on opte pour un système de carrière, la logique européenne, relevant de conceptions davantage anglo-

⁷⁹ www.larousse.fr

saxonnes, semble promouvoir un système d'emploi. Le droit européen apparaît dès lors, bien souvent, à rebours des principes régissant le droit de la fonction publique française. L'influence européenne en droit de la fonction publique est indéniable, et se constate de diverses manières : parfois même de façon implicite, à travers un certain mouvement « anti-statutaire » latent, non véritablement affirmé mais véhiculé à travers des clichés et des idées reçues sur la fonction publique et la faveur statutaire. Néanmoins, le droit européen apparaît également comme un alibi très opportun afin de justifier des choix nationaux peu appréciés. Si le droit européen influe, sa contrainte semble parfois extrapolée volontairement par les États membres pour se déresponsabiliser des choix opérés. Il conviendra dès lors de rechercher si la reconnaissance du contrat à durée indéterminée était bien une réponse aux volontés européennes exprimées. Le droit européen soulève ainsi différentes questions, jusqu'à, par exemple, se demander si l'émergence d'un droit de la fonction publique européen est envisageable. De plus, le droit européen permet également de renforcer la recherche de nombreux exemples, à travers les pratiques des États membres. On constatera ainsi des pratiques communes : l'Italie, ou encore l'Espagne, semblent utiliser également le droit européen comme un « bouclier » habile afin de justifier leurs choix nationaux en termes de fonction publique. Lorsqu'il est question de principes européens à rebours de ceux consacrés en droit français, on constatera des difficultés similaires en Grande-Bretagne, bien qu'elle opte pour un système d'emploi. Enfin, l'étude des pratiques des autres États membre sera également riche en enseignements, les mécanismes singuliers ou les expérimentations entamées pourraient éclairer certaines problématiques françaises.

10 – 6 Pérennisation et « gestionnarisation »

Enfin une dernière notion mérite d'être confrontée à la pérennisation du contrat : la « gestionnarisation » de la fonction publique. Le néologisme utilisé peut être étonnant. En effet, le terme de « gestionnarisation » est créé et utilisé afin de démontrer un mouvement progressif visant à placer les questions relevant du domaine de la gestion au cœur du droit de la fonction publique. Il s'agit de nommer une nouvelle idéologie, plaçant les exigences tenant à la gestion comme but à atteindre, et le contrat comme moyen d'y parvenir. Puisqu'il s'agit d'un changement idéologique, ce dernier n'est pas nommé, il est implicite, mais des manifestations peuvent être relevées. Par exemple, les changements opérés en droit de la fonction publique et en droit du travail, et les difficultés posées quant à l'insertion de notions telles que la performance dans les deux branches du droit, pourraient apparaître comme un exemple probant. Les différents rapports traitant de la fonction publique de demain, et la

construction législative entamée depuis 2005, mis bout à bout, semblent définir les contours de la nouvelle idéologie empreignant le droit de la fonction publique en filigrane. Mais surtout, le contrat, instrument privilégié dans le concept de *New Public Management*, comme sa pérennisation dans la fonction publique pourrait être identifié comme une manifestation de la préférence contractuelle souhaitée par la logique gestionnaire. Les difficultés actuelles, la crise, les restrictions budgétaires, placent les questions de gestion comme de véritables impératifs à atteindre et respecter, faisant émerger une logique davantage comptable primant sur les autres exigences « traditionnelles ». Il conviendra d'identifier cette nouvelle idéologie, de mesurer sa portée, et de se poser diverses questions : la pérennisation du contrat est-elle justifiée par la nécessaire sécurisation des agents contractuels précaires, ou peut-elle être envisagée comme la consécration de l'intégration progressive d'une nouvelle idéologie ? Les difficultés communes aux États membres de l'Union européenne doivent-elles être appréciées comme des manifestations similaires de l'insertion d'une nouvelle idéologie gestionnaire ? Il conviendra également de rappeler l'efficacité statutaire en termes de gestion des ressources humaines afin de déterminer si la nouvelle idéologie identifiée sonne fatalement le glas de la préférence statutaire.

Après l'objet de la recherche, il sera désormais traité de l'intérêt de la présente étude.

II – Intérêt de la recherche

L'intérêt de la recherche se compose de deux corpus d'enjeux : les enjeux pratiques seront étudiés dans un premier temps ; les enjeux théoriques seront présentés dans un second temps.

A – Les enjeux pratiques

Différents enjeux pratiques seront identifiés : le sujet trouve intérêt dans l'actualité, est justifié par l'urgence des questions qu'il soulève et enfin par les questions pratiques révélées par le contrat pérenne.

11 – Un intérêt justifié par l'actualité

Très simplement, le principal intérêt pratique du sujet réside dans la nécessité de traiter ce dernier au regard de l'actualité. Avec évidence, le sujet présente pour premières vertus : l'accessibilité et la préoccupation de tous. Chaque français a un avis sur la fonction publique, en y travaillant, en ayant un proche y travaillant, ou tout simplement en étant un administré. Toutefois, traiter aujourd'hui de la pérennisation du contrat dans la fonction publique n'est

pas seulement un sujet juridique, mais aussi un sujet politique ; de façon plus générale, il nécessite également de prendre en compte une dimension davantage relative au débat public.

L'avenir de la fonction publique, les fonctionnaires de demain, les futurs contractuels, sont des thématiques occupant l'espace du débat public. On ne compte plus les déclarations de Ministres ou Hommes politiques sur le sujet : le statut de la fonction publique « *n'est plus adapté au monde tel qu'il va (...), surtout n'est plus justifiable compte tenu des missions* »⁸⁰ ; « *on doit sortir du système dans lequel la seule manière de se débarrasser d'un agent incompetent est de le promouvoir* »⁸¹ ; « *Je suis pour qu'on supprime toute la fonction publique territoriale* »⁸². Sur les plateaux de télévision, dans les journaux, la thématique est omniprésente. Le débat se poursuit également dans les foyers, et on ne cesse d'entendre les « pro-statut » et les « anti-statut » se déchirer. Le sujet est donc d'actualité ; toutefois, la recherche s'émancipera des divers clichés véhiculés, en tentant de rappeler les fondements juridiques justifiant la préférence statutaire, « galvaudée » par le jeu politique et la recherche du bon mot. Même si, comme l'expliquait Albert Einstein, « *il est plus facile de désintégrer un atome qu'un préjugé* »⁸³, un des intérêts pratiques de la recherche, sera, sous la gouverne de l'objectivité scientifique, d'étudier les principes régissant la fonction publique, les raisons justifiant le particularisme et le recrutement statutaire comme principe, tout en prenant en considération les critiques et en proposant de possibles améliorations afin de résorber la précarité dans la fonction publique.

12 – Un intérêt justifié par l'urgence des thématiques abordées

Le sujet est d'actualité, mais pas pour le simple fait qu'il anime le débat public. En effet, en temps de crise, en période de hausse du chômage ou de difficulté d'accès à l'emploi pour les jeunes, les thématiques découlant du sujet ressortent comme des nécessités. Puisqu'il est question de pérennisation du contrat, il sera traité de précarité. En effet, le contrat pérenne trouve comme justification première la contingence de la précarité dans la fonction publique, en sécurisant par l'intermédiaire du contrat à durée indéterminée, les agents contractuels précaires. Dans ces périodes difficiles, la précarité est au cœur des problématiques et tenter de faire des propositions afin de résorber cette dernière relève de l'urgence. La pérennisation du contrat, notamment lorsqu'il est question de contrat pérenne, traite de ces questions : non

⁸⁰ www.lesechos.fr : SCHAFFER (Frédéric), « Macron enflamme la gauche en ouvrant le débat sur la fonction publique », 20 octobre 2015.

⁸¹ www.lagazettedescommunes.com : FORRAY (Jean- Baptiste), « Les républicains veulent enterrer le statut de la fonction publique », 10 mars 2016.

⁸² Déclaration de Bruno Lemaire, France 2, émission « on est pas couché », 19 mars 2016.

⁸³ Citation Albert Einstein

seulement la précarité sera une des thématiques centrales, mais encore il sera abordé la question de l'accès des jeunes dans la fonction publique *via* les concours et les difficultés que ces derniers rencontrent par exemple. Il sera proposé un état des lieux de la précarité dans la fonction publique, concernant les agents titulaires et non titulaires, et des solutions face à ces problématiques seront également abordées. Le sujet relève ainsi un intérêt pratique certain, justifié par l'urgence de la situation de l'emploi⁸⁴ en France.

13 – Un intérêt justifié par les questions pratiques découlant du contrat pérenne

Le sujet relève deux dimensions : d'une part, l'utilisation durable du contrat dans la fonction publique ; d'autre part, le contrat pérenne. Les questions relatives au contrat pérenne, révèlent de vrais intérêts pratiques. Principalement, il s'agira de savoir si le contrat pérenne est une solution efficace afin de sécuriser les agents contractuels précaires et lutter contre la résorption de la précarité dans la fonction publique. Dans la pratique, les agents contractuels sont-ils réellement plus sécurisés ? Assistons-nous à une baisse significative de la précarité de la fonction publique ? Autrement dit, il s'agira d'étudier les effets du contrat pérenne, à travers ses répercussions concrètes. Les lois ayant conduit à la reconnaissance, puis à la généralisation du contrat à durée indéterminée ayant respectivement 11 ans et 4 ans, sont parfois trop récentes pour évaluer l'ensemble des résultats, mais permettent toutefois de dresser quelques bilans.

L'introduction du contrat pérenne a soulevé de nombreuses questions pratiques. En effet, pérenniser les relations entre l'agent et l'administration n'implique pas seulement l'absence de terme anticipé, mais déploie une nouvelle dimension aux relations : elles sont vouées à durer. En conséquence, de nouvelles problématiques sont apparues : puisque les relations sont permanentes, il va falloir ouvrir une carrière aux agents pérennes. De même, s'impose la question de l'évolution de la rémunération de l'agent, ou encore la formation tout au long de la vie. Si la distinction était aisée auparavant, on séparait très habilement l'agent titulaire de l'agent non titulaire, privant ces derniers des droits dont les fonctionnaires bénéficiaient, désormais, la différenciation est bien moins claire et ne peut perdurer. Progressivement, des réponses sont apportées et différents décrets viennent étoffer un pré-statut de l'agent contractuel.

Toutefois, les questions posées par la pratique sont également mises en lumière dans l'étude du sujet. En effet, les nombreuses problématiques soulignées par l'introduction du contrat

⁸⁴ Le terme « emploi » est utilisé pour sa transversalité.

pérenne trouvent progressivement des réponses, essentiellement par l'extension des règles propres au fonctionnariat ; toutefois, dans la pratique des difficultés persistent et s'intensifient. La gestion des ressources humaines est désormais dédoublée, et le DRH doit « jongler » entre les agents titulaires et les agents contractuels pérennes. Les premiers ne comprennent pas, par exemple, que les seconds aient une rémunération plus élevée. Les agents pérennes ont, parfois, un sentiment d'infériorité face aux agents titulaires, ou se voient découragés par le peu d'évolution de leur rémunération : s'ils bénéficient parfois d'une rémunération plus élevée au départ, les DRH seront plus réticents quant à une évolution de leur rémunération par la suite afin d'atteindre un niveau relativement équivalent à celui des fonctionnaires, qui eux ont une rémunération évolutive. La cohabitation entre fonctionnaires et agents pérennes soulèvent ainsi de nombreuses questions pratiques, que la présente étude tentera de présenter.

Enfin, les questions pratiques soulevées par le contrat pérenne appellent des solutions, du moins des propositions. L'étude tentera de reprendre certaines propositions et d'en présenter d'autres. On ne peut se contenter d'établir des constats, il convient également de chercher de possibles réponses. Ainsi, l'intérêt pratique du sujet sera mis en avant par l'énonciation de diverses propositions, tenant par exemple aux alternatives possibles au licenciement, comme la formation ou encore la mobilité. Le concours sera également étudié et des propositions visant à moderniser ce dernier, tout en respectant les principes sur lesquels il repose, seront présentées. La titularisation sera également évaluée afin de déterminer s'il s'agit d'un procédé efficace ou si les recours répétés à cette dernière ne révéleraient pas, au contraire, une défaillance. Enfin, il sera question dans la recherche de l'élaboration d'un statut de l'agent non titulaire, afin de sécuriser ce dernier.

B – Les enjeux théoriques

La théorisation de la pérennisation du contrat, la transversalité du sujet, l'utilisation de notions « socles » ou encore la redéfinition de notions éparses, sont autant d'enjeux théoriques justifiant de l'intérêt de la recherche.

14 – Un intérêt justifié par la théorisation de la pérennisation du contrat

Comme pour les enjeux pratiques, le sujet révèle divers enjeux théoriques. Le premier réside, justement, dans l'élaboration d'une théorie de la pérennisation du contrat. Il s'agira, à travers les raisons et les effets de la pérennisation du contrat, d'étudier l'ensemble des règles et

principes, les décrire, et expliquer un ensemble de faits pouvant se rattacher à la pérennisation du contrat. La question du contrat pérenne a été traitée, mais davantage sous le prisme des liens entre droit du travail et droit de la fonction publique, ou encore en termes de logique d'emploi. Or, les nouveautés concernant la question du contrat pérenne sont incessantes et justifient de revenir sur la problématique : l'abondance du contentieux, les différents décrets traitant de l'agent contractuel dans la fonction publique d'État⁸⁵ et la fonction publique territoriale⁸⁶, sont autant d'éléments concourant progressivement à délimiter et expliciter le contrat pérenne. Mais surtout, le sujet présente un double aspect, à la fois pratique, avec le contrat pérenne, et théorique avec la question plus globale de la pérennisation du contrat dans lequel le contrat à durée indéterminée s'inscrit. Le sujet permet ainsi d'appréhender les questions relatives à la pérennisation du contrat de façon transversale.

15 – Un intérêt justifié par la transversalité du sujet

Comme indiqué précédemment, un des principaux intérêts relève des deux dimensions suggérées par la pérennisation du contrat. Ainsi, le sujet appelle à traiter diverses notions ou thématiques de façon transversale. Tout d'abord, l'étude abordera de façon transversale toute la fonction publique. Il s'agira d'appréhender la fonction publique dans sa globalité, autrement dit les trois versants de la fonction publique, ainsi que les changements opérés dans ces dernières. La vision globale de la fonction publique permet d'appuyer un regard plus objectif, avec une vue panoramique des problématiques soulevées. La pérennisation du contrat influe sur toute la fonction publique, il serait dès lors dommageable de n'en mesurer qu'une partie. De plus, des spécificités se distinguent, et pourront être étudiées en abordant des problématiques singulières relatives à la pérennisation du contrat.

Ensuite, il sera traité de façon transversale du recrutement. Il s'agit d'un véritable intérêt puisque l'on a tendance à appréhender le recrutement de façon morcelée : on oppose le recrutement statutaire et le recrutement contractuel de façon relativement cloisonnée. On retrouve ainsi des problématiques paradoxales, où, par exemple, certaines communes ne peuvent recruter un agent titulaire à temps plein car une partie du besoin est absorbé par un agent non titulaire. Le manque de vision globale dans la politique menée en termes de

⁸⁵ Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 5 novembre 2014, n°0256

⁸⁶ Décret n° 2015-1912 du 29 décembre 2015 portant diverses dispositions relatives aux agents contractuels de la fonction publique territoriale, *JORF* : 31 décembre 2015, n°0303.

recrutement est néfaste et amène quelquefois à renforcer la précarité dans la fonction publique, comme l'exemple précité le démontre. De plus, l'absence de vision transversale renforce la dualité dans la fonction publique. La théorisation de la pérennisation du contrat entraîne nécessairement une vision globale du recrutement, qui fait pourtant défaut actuellement. Mais encore, la présente étude permettra également d'envisager le recrutement sur le long terme. À l'heure de la politique de l'instant, dont le contrat peut apparaître comme un parfait ambassadeur puisqu'il incarne la solution rapide aux problèmes, une vision de long terme devient nécessaire. L'étude nécessitera d'aborder le recrutement également sur le long terme, autrement dit d'envisager les répercussions futures de la pérennisation du contrat, ou encore de déterminer si le contrat pérenne est une solution efficace qui doit perdurer dans le temps.

Enfin, la transversalité du sujet se démontre à travers les différentes thématiques connexes abordées par la pérennisation du contrat. On ne se contera pas de constater une pérennisation du contrat, mais on tentera de connaître les raisons et les effets de cette dernière. Ainsi, derrière la seule question de la pérennisation, on traitera le phénomène de contractualisation, ou encore l'hybridation entre droit du travail et droit de la fonction publique. De façon théorique, le sujet sera envisagé sous tous ses aspects, soulevant des notions parfois complexes, mais indispensables. Il s'agira également de se tourner vers la prospective, et d'imaginer, par exemple, l'élaboration d'un droit réunissant le droit de la fonction publique et le droit du travail, comme le droit de l'activité professionnelle par exemple⁸⁷.

16 – Un intérêt justifié par le traitement de notions « socles »

Le terme de notion est employé dans sa définition commune : « *idée de quelque chose ; concept ; abstraction* »⁸⁸. Le terme de socle souligne une idée de solidité et d'élévation. En effet, le sujet aura pour intérêt de traiter de principes fondamentaux, qui sont de manière générale des « socles », ayant pour vocation notamment la préservation et la satisfaction de l'intérêt général. Pour ce faire, ces principes dominent la fonction publique. Si cela peut paraître peu étonnant à première vue, il semble néanmoins que ces principes soient parfois négligés, oubliés, notamment par l'opinion commune. L'étude présentera les principes régissant la fonction publique et témoignera de leur importance. Par exemple, lorsque la question de la professionnalisation du concours sera abordée, il sera constaté que certains

⁸⁷ DURAND (Paul), « Naissance d'un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », in : Droit social, juillet- Août 1952, n°7, p. 437 ; MARC (Emmanuelle), STRUILLOU (Yves), « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle ? », in : RFDA, 2010, p 1169.

⁸⁸ www.larousse.fr

principes sont malmenés, notamment celui de l'impartialité. Derrière ces principes, c'est toute une logique de la fonction publique qui est préservée et qui trouve toujours sens. Le rappel des principes explicite surtout les raisons justifiant la préférence statutaire ou encore l'adoption du particularisme. A la lumière des fondements, des principes « socles », l'étude tentera de démontrer que le statut de la fonction publique trouve toujours sens et se justifie par des arguments solides : la résorption de la précarité ou la performance en termes de gestion des ressources humaines par exemple.

17 – Un intérêt justifié par la redéfinition de notions complexes ou hétéroclites

Enfin, très modestement, l'étude tentera de redéfinir certaines notions, notamment celle d'agent non titulaire. Manquant cruellement de cadre, la notion d'agent non titulaire est elle-même vectrice de précarité, et nécessite d'être redéfinie. Il s'agira également de proposer une « nouvelle » classification afin de restreindre la notion, dont le caractère hétéroclite ne peut perdurer. La recherche se concentrera également sur le statut de l'agent non titulaire, plus spécifiquement sur le statut de l'agent contractuel. Si ce dernier s'étoffe progressivement, il convient de poursuivre la dynamique, notamment en étendant les règles protectrices propres au fonctionnariat vers l'agent contractuel. La durée du contrat à durée déterminée sera également remise en question. Ainsi, la transversalité du sujet permettra de traiter de tous les éléments conduisant à la précarisation de la fonction publique et de tenter d'amorcer des propositions afin de poursuivre l'objectif de résorption de la précarité dans la fonction publique.

18 - Au regard de tous les questionnements et éléments étudiés, une question permettant de regrouper toutes ces thématiques mérite d'être posée :

La pérennisation du contrat dans la fonction publique sécurise-t-elle efficacement afin de réguler l'emploi précaire, ou participe-t-elle au contraire à la précarisation de la fonction publique en contournant le statut ?

L'intérêt de se poser cette question est que cette dernière permet de regrouper toutes les problématiques et thématiques abordées et surtout de mettre en avant l'ambivalence de la pérennisation et ses conséquences. La réponse permettra de démontrer si la volonté affichée est une régulation et une sécurisation afin de résorber l'emploi précaire, ou si cet objectif n'est que façade. Il s'agirait peut-être d'un nouveau moyen de contourner le statut afin de s'inscrire progressivement dans une logique gestionnaire.

Il conviendra, dans un premier temps d'envisager la pérennisation du contrat sous le prisme de l'objectif affiché : celui de la résorption de l'emploi précaire (I). Les deux dimensions du sujet seront ainsi appréhendées : l'installation durable du contrat et le contrat pérenne. Il conviendra de revenir sur les fondements du recrutement contractuel dans la fonction publique, afin de comprendre les mises à l'épreuve que subit aujourd'hui le statut, notamment à travers les rapports traitant de la fonction publique et la construction législative amorcée depuis 2005. Mais encore, il sera primordial de tenter de comprendre les raisons justifiant la pérennisation du contrat, l'attractivité de la convention, et les motifs visant à reconnaître le contrat à durée indéterminée. Si la sécurisation apportée par le contrat pérenne est indéniable, les effets de la pérennisation démontrent toutefois un paradoxe : on constate une certaine précarisation de la fonction publique, renforcée, notamment, par la pérennisation du contrat (II). La pérennisation du contrat dans la fonction publique consacre le phénomène de contractualisation, renforce l'hybridation entre droit du travail et droit de la fonction publique, mais surtout, apparaît comme un moyen habile de contourner le statut. La précarité est paradoxalement renforcée, puisque la dualité de la fonction publique se consolide. La résorption de la précarité devient, dès lors, une question urgente. Si des réponses doivent être apportées, il convient de rechercher ces dernières dans l'approche statutaire, en la réhabilitant et en démontrant son efficacité.

Partie 1 : Un objectif de régulation de l'emploi précaire

La pérennisation, l'installation durable du contrat dans la fonction publique, peut s'entendre de deux façons qui s'avèrent indissociables et interdépendantes. D'une part, l'étude de la pérennisation du contrat peut se concentrer sur l'utilisation durable du contrat dans la fonction publique (titre 1). Le contrat, que l'on pensait temporaire et exceptionnel dans la fonction publique après 1946, demeure. Si son caractère exceptionnel face au statut perdure, il n'a toujours pas quitté la sphère de la fonction publique et s'installe même progressivement. D'autre part, la pérennisation du contrat et son étude portent également sur le contrat pérenne en lui-même à travers la reconnaissance du contrat à durée indéterminée (titre 2). Désormais, une autre façon de recruter pour un emploi permanent se présente pour l'employeur public, et cette dernière prend la forme contractuelle. Cette reconnaissance, si elle vient s'apposer singulièrement sur la voie statutaire, a pour objectif premier de résorber la précarité dans la fonction publique.

Titre 1 : L'utilisation pérenne du contrat

« *Le monde n'est qu'une branloire pérenne... La constance même n'est autre chose qu'un branle plus languissant* » Montaigne⁸⁹.

Tout comme l'exprime Montaigne dans cette citation, la balance du droit oscille entre un équilibre fragile et un déséquilibre franc, et penche tantôt en faveur du statut, tantôt au bénéfice du contrat. L'utilisation durable du contrat, pour se comprendre, doit être étudiée dès sa source et ses origines. Le contrat n'effectue pas une entrée dans la fonction publique car il n'a jamais véritablement quitté cette dernière (chapitre 1). Peut-être que le statut ne serait dès lors qu'une parenthèse, avant un autre balancement. L'installation durable du contrat dans la fonction publique semble alimenter la thèse précitée (chapitre 2). Le statut est progressivement mis à l'épreuve par le recrutement contractuel, qui semble omniprésent dans les propositions découlant des rapports sur la fonction publique, comme dans les réformes entamées depuis les années 2000.

⁸⁹ MONTAIGNE (Michel Eyquem), « Les Essais », Livre III, 1558, Chapitre VI

Chapitre 1 : Les fondements du recrutement contractuel dans la fonction publique

L'histoire du recrutement et son étude permettent de comprendre les origines et les raisons conduisant à la pérennisation du contrat. Les deux modes de recrutement, *a priori* opposés, vont être étudiés plus particulièrement. D'une part le principe, le recrutement statutaire pour son particularisme résidant dans l'affranchissement des règles du droit commun du travail (section 1). D'autre part l'exception, le recrutement contractuel pour sa durabilité inattendu (section 2). Le contrat était initialement envisagé comme une exception provisoire au recrutement statutaire venant combler des besoins momentanés. Néanmoins, cette alternative s'installe durablement, et ce qui est exceptionnel et pérenne à la fois, est nécessairement contradictoire.

Section 1 - Droit de la fonction publique et statut : le choix d'un particularisme

L'histoire du recrutement dans la fonction publique française, la diversité des recrutements, la persistance de certains modes comme la présence résiduelle de certaines logiques, s'avèrent très instructives afin de comprendre le choix en faveur d'une approche statutaire (1§). Depuis la création du statut qui place le fonctionnaire dans une situation légale et réglementaire, le recrutement dans la fonction publique est statutaire. Comme le Conseil d'État a pu le rappeler dans l'arrêt *Bayeux* du 27 octobre 1999, en droit public, le contrat à durée indéterminée est en principe exclu par la règle selon laquelle les emplois permanents des administrations doivent être occupés par des fonctionnaires titulaires⁹⁰. Le recrutement statutaire est le principe en droit public, et il convient d'en étudier les caractéristiques, les modalités comme les effets (2§).

1§ – Les origines du recrutement en droit de la fonction publique

L'étude de la genèse, « *série de faits et de causes s'enchaînant les uns les autres et aboutissant à un résultat* »⁹¹, du recrutement dans la fonction publique rassemble les origines expliquant les raisons et les causes (A) aboutissant au choix d'un particularisme comme résultat, caractéristique du droit de la fonction publique expliquant l'antagonisme conceptuel avec l'insertion contractuelle progressive (B).

⁹⁰ CE, 27 octobre 1999, *Bayeux*, n° 178412, *Recueil Lebon* p 335 ; concl. Stahl ; *Droit adm.* : 1999, n°306 ; *Gazette communes* : 13 novembre 1999, p. 64 ; *RFDA* : 1999, p. 1289 ; *RDP* : 2000, p. 362, chron. C. Guettier. Toutefois un arrêt du Conseil d'Etat en date du 30 septembre 2015, n°375730, pourrait remettre en question la jurisprudence *Bayeux* en décidant que « le recrutement d'un agent non titulaire, sur le fondement des dispositions de l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984, peut donner lieu à un contrat à durée déterminée ou à durée indéterminée ».

⁹¹ www.larousse.fr

A – La genèse du recrutement en droit de la fonction publique

Le recrutement dans la fonction publique française s'est exercé selon de nombreux modes différenciés : la nomination, le concours, le contrat de mandat ou encore l'élection. L'étude de ces derniers témoigne ainsi d'une construction progressive amenant en 1946 à la faveur statutaire (1). Les apports et enseignements de l'histoire s'avèrent ainsi riches et préfigurent déjà une présence contractuelle forte et originellement problématique (2).

1 – L'histoire du recrutement dans la fonction publique française

1- Les racines de la fonction publique, de l'Antiquité à la Révolution.

De manière évidente, la construction de la fonction publique et ses origines se retrouvent, telles des parallèles, avec celle de l'État. La notion d'État se développant durant l'Antiquité, il est cohérent d'y retrouver les racines de la fonction publique⁹². La date de 134 avant Jésus-Christ marque une coupure très nette puisque, après l'établissement de la *Respublica* et une crise sociale et politique, se construit le concept d'État, qui dominera toute notre civilisation. Avec la construction de l'État apparaissent les premiers fonctionnaires, s'articulant autour du Sénat et du *Princeps* (le gouvernement central). Des fonctionnaires sont chargés de lever les impôts sénatoriaux (*praefecti aerarii* et *questeurs*), et d'autres sont des fonctionnaires impériaux. Durant le *Dominat*, entre 306 et 496, la notion d'État se développe et la fonction publique se marque d'une forte centralisation qui conduira à une certaine « sclérose des institutions »⁹³. Les fonctionnaires de l'époque se distinguent en portant un uniforme spécial et prêtent serment de fidélité à l'Empereur. Concernant le recrutement des agents de l'État, certains corps comme les *agentes in rebus* assurent eux-mêmes leur recrutement. Les autres fonctionnaires sont recrutés et nommés par les *Magistri scriniorum* (chefs de service). L'administration se construit autour d'une hiérarchisation bien précise. Le *Magister* est nommé hors cadre par l'Empereur. L'avancement est possible et permet au fonctionnaire de monter en grade, jusqu'à celui de *Proximus*. Les agents sont rémunérés en grande partie en nature (*annona*) et reçoivent des cadeaux des usagers qui forment l'essentiel de leur traitement. À cette époque, les agents de l'État sont des privilégiés, ils reçoivent des titres ou encore des dispenses de charges. Le recrutement est en principe libre, puisqu'il s'effectue sur proposition de nomination du chef de service à l'Empereur. Néanmoins, très vite, le recrutement s'effectue par voie héréditaire. La loi autorisant les fonctionnaires à prendre leurs

⁹² ELLUL (Jacques), *Histoire des institutions, l'Antiquité*, Paris : PUF, coll. Thémis, 1999, 616 pages, p 548

⁹³ *Ibid.*, p 545-559

enfants comme successeurs conduisit à un recrutement basé sur l'hérédité et cette possibilité se transforma progressivement en obligation. L'enfant du fonctionnaire se voyait contraint de poursuivre l'activité de son père sous peine d'être « versé dans l'armée ». Les enfants de fonctionnaires, avant de prendre fonction, devaient aller à l'Université, dont la principale vocation était de préparer ces derniers. Rapidement, le recrutement des agents constituera une différenciation majeure entre Orient et Occident. Le recrutement était plus démocratique en Orient puisqu'il reposait essentiellement sur l'avancement et non pas sur l'hérédité. « *Des esclaves de l'ordre public* », telle est l'image donnée aux fonctionnaires par Jacques Ellul durant l'Empire Byzantin et le règne de Justinien. À cette époque, vers 527, les agents recevaient leurs ordres directement de l'Empereur. En principe, le recrutement était totalement libre et ouvert à tous puisque seulement des règles de compétences étaient relevées. Néanmoins, comme sous le *Dominat*, une aristocratie administrative fermée se construisit peu à peu et cette dernière s'accapara des dignités locales.

Durant le Moyen- Âge, l'héritage romain et antique se conserve. Néanmoins, l'administration ne cesse de se développer et dès le règne des Mérovingiens, apparaît une volonté de réorganisation avec une administration centrale (le *Palatium*) et une administration territoriale (gérée par les comtes) ressemblant à l'ancienne *Civitas* romaine. L'administration constitue un enjeu déterminant pour le Monarque afin d'asseoir sa suprématie sur ses sujets et son développement, par étape, atteint certains points culminants comme sous le règne de Philippe le Bel au XIIème siècle.

Sous l'Ancien Régime, le nombre d'agents augmente et ces deniers se divisent en deux catégories : les officiers et les commissaires. Dès le XIIème siècle, le terme *officium* désigne la fonction publique en général, car les officiers sont « *tous ceux qui agissent au nom du roi* »⁹⁴. Les officiers sont nommés par le roi qui possède la liberté de nomination et de révocation de ces derniers. Cependant le statut de l'officier va se stabiliser jusqu'à se marquer d'inamovibilité, puisque vers 1420 les offices « *sont perpétuels à la volonté du prince et il ne voudra jamais que quiconque soit privé sans cause de son office* »⁹⁵. Cette protection développe l'habitude de considérer les offices comme des biens personnels. L'office se caractérise alors par une patrimonialité forte et on parlera de vénalité de l'office. L'hérédité de l'office et La Paulette poursuivent le particularisme, puisque Charles Paulet en 1604, fait adopter le principe de l'hérédité des charges vénales moyennant le versement volontaire d'un

⁹⁴ HAROUËL (Jean- Louis), *S/d, Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris : PUF, coll. Droit fondamental, 2001, 591 pages, p 330

⁹⁵ *Ibid.*, p 333

droit annuel égal au soixantième de leur valeur. Le recrutement fondé sur l'hérédité, qui existait déjà dans la période Antique, se poursuit sous l'Ancien Régime. La deuxième catégorie de fonctionnaire que l'on rencontrait se constituait des commissaires. Pour Loyseau, ces derniers représentaient « *la fonction publique ordinaire* », et se différenciaient rigoureusement des officiers. Le roi confiait aux commissaires des missions ponctuelles et complexes. Le pouvoir des commissaires reposait sur une délégation de l'autorité royale, temporaire et révocable, avec l'intérêt commun comme seule raison d'être. Le commissaire est donc un mandataire du roi et son mandat est révocable *ad nutum*. Ainsi, pour cette deuxième catégorie d'agent le recrutement s'effectue par un contrat de mandat constitué par une lettre de commission. La lettre doit préciser dans le plus grand détail la mission fixée au commissaire et les pouvoirs qui lui sont attribués. Similaire à la définition actuelle, le mandat constitue alors un contrat par lequel le roi, le mandant, donne au commissaire, le mandataire, le pouvoir de faire un ou des actes juridiques en son nom et pour son compte.

Les ingénieurs des Ponts et Chaussées constituaient également des pré-fonctionnaires sous l'ancien régime. Ils avaient un statut définissant leurs obligations et précisant leurs avantages. Ces derniers étaient recrutés par concours et formés à Paris dans l'école des Ponts et Chaussées.

L'administration locale et son organisation sont une particularité de l'Ancien Régime⁹⁶. Les collectivités territoriales de l'époque se développèrent et on pouvait retrouver des provinces, des villes et des communautés d'habitants. Les provinces, ayant conservé leurs États, sont autonomes et jouissent de privilèges très importants. Les États doivent s'acquitter d'un don gratuit, le roi indiquant à ces derniers la somme qui lui revient. Pour cela, il fallait lever un impôt, une sorte de taille ou un impôt sur la consommation. Mais le rôle des États était surtout de stimuler l'activité, intellectuelle comme économique. Un bureau exécutif permanent appelé commission intermédiaire avait pour charge de diriger le personnel administratif provincial. Les États du Languedoc par exemple, sont ceux qui ont été les plus productifs. En vertu de l'édit de 1683, les villes sont placées sous la tutelle du nouvel agent dans l'organisation administrative du royaume : l'intendant. Le budget des villes lui est soumis pour approbation, il veille à ce que les dépenses ordinaires n'excèdent pas les recettes ordinaires. L'intendant s'investit et gère pleinement les villes, s'impliquant même de plus en plus dans la désignation des corps de ville par exemple. Les communautés d'habitants, les villages, demeurent sous

⁹⁶ HAROUEL (Jean- Louis), *S/d, Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution, op. cit.*, p 352-354

l'Ancien Régime le cadre de vie le plus courant. L'organe essentiel des communautés est l'Assemblée générale des habitants. Cette dernière nomme chaque année un ou plusieurs agents chargés d'exécuter ses décisions. Encore une fois, l'intendant est l'acteur central. Son travail n'est pas des moindres, il a des milliers de villages dans sa circonscription. L'organisation administrative du royaume est donc très instructive. On retrouve une organisation quelque peu dispersée, mais un véritable découpage où superposition, centralisation et autonomie se côtoient.

Comme le démontrent les règles relatives au recrutement, l'Ancien Régime se caractérise par une forte diversité. Si le droit romain sert de socle à la construction de l'État, « *aux yeux des avocats français des XIV^{ème} et XV^{ème} siècles, la division entre droit public et droit privé n'est pas davantage un enjeu. Pour appréhender le contenu et les modalités de la puissance publique ils font feu de tout bois* »⁹⁷.

La Révolution de 1789 constitue un véritable tournant dans la construction de la fonction publique.⁹⁸ Au XVIII^{ème} siècle les effectifs augmentent, principalement dans les ministères et les intendances. Un des exemples probants d'une administration organisée est celui de la Ferme générale. Les personnes travaillant pour la Ferme générale sont des agents privés et ont pour mission de récolter et percevoir des revenus et impôts tels que la gabelle et les traites. La Ferme générale constitue une administration fiscale extrêmement bien organisée qui dispose de moyens de contraintes de droit public. Elle est l'ancêtre des concessions de service public, telles que les douanes. Les employés de la Ferme sont de « *véritables prototypes du fonctionnaire moderne* » selon André Castaldo⁹⁹.

Le mot « fonctionnaire » apparaît en 1770 et la Déclaration de 1789 consacre deux dispositions relatives à la fonction publique¹⁰⁰. Dans l'article 6 de la Déclaration : « *Tous les citoyens... sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacités, et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents* », et dans l'article 15 : « *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ». Ces dispositions ont pour volonté de trancher avec les privilèges et la

⁹⁷ WEIDENFELD (Katia), *Histoire du droit administratif, du XIV^{ème} siècle à nos jours*, Paris : Economica, coll. Corpus série histoire du droit, 2010, 314 pages, p 29

⁹⁸ CASTALDO (André), *Introduction historique au droit*, Paris : Dalloz, Coll. Précis Dalloz droit public, 3^{ème} éd., 2013, 460 pages, p 248

⁹⁹ *Ibid.*, p 317

¹⁰⁰ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique*, Paris : Dalloz, Coll. Précis, 7^e éd., 2012, 828 pages, p 3.

vénalité de l'office « *il n'y a plus ni vénalité ni hiérarchie d'aucun service public* »¹⁰¹. Chaque citoyen peut accéder à la fonction publique qui est elle-même redevable envers le citoyen.

Cette volonté d'exemplarité vient compliquer la construction d'une nouvelle fonction publique, et le recrutement des agents va se marquer encore d'hétérogénéité à travers des modes disparates. Les grands principes de la fonction publique se constituent, comme l'égalité, la légitimité ou encore la responsabilité. Le droit de la fonction publique est considéré comme une contrepartie d'un devoir civique, et du principe d'égalité découle un nouveau mode de recrutement : l'élection. On instaura une démocratie censitaire où seuls les citoyens actifs peuvent élire et être élus aux fonctions publiques. Néanmoins cette élection, bien qu'apparaissant comme le mode de recrutement le plus égalitaire et juste, démontra bien vite n'être qu'un « *acte de résistance au roi* », un dispositif permettant de s'assurer du non-retour de la monarchie dans une période très suspicieuse. Il existe également des fonctionnaires nommés, comme les notaires. L'élection ne met pas fin à d'autres modes de recrutement comme le concours, qui se généralise mais qui apparaît comme peu satisfaisant sous la Révolution. La réquisition à la prédilection de la République apparaît également comme un autre procédé. Le terme même de fonctionnaire faisait l'objet d'une appréciation souple et plurielle et « employés » et « fonctionnaires », tantôt différenciés, tantôt similaires, étaient la cause de divergences et conflits.

Concernant les collectivités territoriales et l'organisation de l'administration locale, la Révolution poursuit l'effort amorcé durant l'Ancien Régime et la logique s'articule autour d'une centralisation¹⁰². Néanmoins il s'agira plus d'une unification que d'une centralisation. En effet, une nouvelle organisation territoriale uniforme, avec des départements, des arrondissements, des cantons et des communes se substitue aux provinces de l'Ancien Régime. Cette unification se poursuit également dans d'autres domaines comme les institutions financières, économiques et judiciaires. D'autres facteurs apparaissent déterminants afin d'uniformiser, dans cette période synonyme de renouveau, comme la volonté d'imposer la langue Française. Si dans un premier temps la Révolution se voulait décentralisatrice, avec la dictature jacobine du Salut public fondée sur la Terreur, la centralisation s'impose.

¹⁰¹ Extrait du préambule de la constitution de 1791.

¹⁰² www.collectivites-locales.gouv.fr/decentralisation

Une fonction publique bien organisée apparaît sous le Consulat puis l'Empire, puisque « *pour la première fois dans notre histoire le gouvernement a possédé l'entière maîtrise du personnel administratif* »¹⁰³. Sont créés à cette époque : le Conseil d'État, la Cour des Comptes, ou encore l'Inspection générale du trésor. La fonction publique se professionnalise et se caractérise encore par une certaine hétérogénéité. Une fonction publique à deux vitesses se distingue, une haute fonction publique se crée : cette dernière est réservée aux notables. Les hauts fonctionnaires voient leur traitement augmenter, et peuvent percevoir des titres de noblesse ou encore des distinctions comme la Légion d'honneur. Napoléon se concentre sur les quatre grandes administrations : la police, la justice, la finance et l'enseignement. La volonté est d'atteindre une performance optimale, un rendement conséquent, et pour cela l'administration est contrôlée et épiée, ce qui freine l'initiative administrative. Les hauts fonctionnaires s'évertuent à effectuer un travail complexe de recensement et de statistique contribuant à une certaine paralysie.

En matière de recrutement, la nomination remplace l'élection promue à la Révolution. En principe, le premier Consul puis l'Empereur nomme et révoque tous les fonctionnaires. Cette nomination apparaît ainsi comme un instrument de pouvoir pour Napoléon qui ne répète pas les erreurs de l'Ancien Régime, qui avait une autorité restreinte sur les agents en raison du système d'offices. Néanmoins, le manque de clarté juridique et d'un statut général se ressent déjà et les garanties apportées par Napoléon sont réduites au minimum : l'inamovibilité des magistrats du siège ou encore l'octroi de statuts particuliers à quelques catégories de fonctionnaires. Ainsi de nombreuses discussions portent sur la nature exacte du lien qui unit le fonctionnaire à l'État : est-ce un contrat de louage de services, un statut réglementaire ou une convention particulière ?

Lors de la Restauration, les contrôles sur l'activité administrative se développent et s'intensifient, comme le démontre la naissance de l'Inspection générale des Finances en 1816. La Monarchie de Juillet se distingue quant à elle comme un moment fort de la décentralisation. La loi du 21 mars 1831 rétablit l'élection au suffrage censitaire des conseils municipaux, et le principe sera étendu aux conseils généraux par la suite avec la loi du 22 juin 1833. La loi de 1831 prévoit également que les maires, nommés, soit choisis au sein du conseil municipal. La Seconde République est davantage considérée comme un « laboratoire » d'idées. On ne note pas de véritables évolutions en termes de fonction

¹⁰³ VILLARD (Pierre), *Histoire des institutions publiques de la France de 1789 à nos jours*, Paris : Dalloz, coll. Mémentos Dalloz, 2010, 222 pages, p 76

publique, mais la période semble propice aux libertés et démontra que la République ne se conjugait pas avec la Terreur, notamment sous la plume de Victor Hugo¹⁰⁴. Enfin, le Second Empire a, dans un premier temps, restreint les libertés locales. Ensuite, le régime a favorisé une large déconcentration au profit des préfets, comme peuvent le démontrer les décrets des 25 mars 1852 et 13 avril 1861.

Tout au long du XIX^{ème} siècle l'administration se développe et les effectifs ne cessent de croître. Le territoire français semble alors sous une tutelle stricte et l'opinion publique dénonça cela dès le XVIII^{ème} siècle, et ne s'y trompa pas, en parlant de la « *toute puissance des bureaux ministériels* »¹⁰⁵.

2 - La fonction publique républicaine, naissance et agitations

Sous la III^{ème} République, la première chose fut de s'assurer de l'attachement des fonctionnaires envers la République. Se déroula ainsi une certaine « épuration », les préfets notamment, furent entièrement renouvelés et le Conseil d'État subit de grands changements. Une certaine hiérarchisation se marqua de manière plus forte, jusqu'à la Libération, avec une organisation bien répartie (directeur, sous-directeur etc...).

Le concours se généralise suite aux demandes de l'opinion qui désirait voir les agents admis par examen ou concours. L'exigence de culture et de connaissance, amorcée sous Louis-Philippe fait des progrès décisifs durant la III^{ème} République. Le stage, suivi de la titularisation se construit et « les grands concours » se distinguent comme ceux du Conseil d'État, de l'inspection des finances de la Cour des comptes et des affaires étrangères¹⁰⁶.

Toutefois, la question de la formation des agents préoccupe encore le gouvernement : si l'Empire utilisait le Conseil d'État à cette fin, la III^{ème} République fut à l'initiative de nombreuses tentatives de création d'écoles dédiées à cette formation. La carrière est, avec la formation, un des problèmes soulevés à l'époque. La lenteur de l'avancement, le blocage des carrières ainsi que la dégradation des conditions de travail conduisirent beaucoup d'agents à se rapprocher des syndicats et mouvements ouvriers, sans avoir de liberté syndicale ni de droit de grève.

¹⁰⁴ HUGO (Victor), « Napoléon le Petit », Bruxelles, 1852

¹⁰⁵ CASTALDO (André), *Introduction historique au droit*, op. cit. p 318

¹⁰⁶ VILLARD (Pierre), *Histoire des institutions publiques de la France de 1789 à nos jours*, op.cit., p 117

Cette époque marqua profondément l'histoire de la fonction publique *via* de célèbres affaires comme l'affaire Dreyfus ou celle des fiches. Cette dernière affaire produisit un scandale puisque les fiches en question permettaient de recenser les convictions religieuses des officiers en promettant à ceux sans convictions de faire meilleure carrière. En réponse à cette affaire, la loi du 22 Avril 1905 disposa que toute procédure disciplinaire devait être précédée de la communication préalable de son dossier à l'agent concerné.

Durant la III^{ème} République les effectifs s'accroissent encore : le nombre de fonctionnaires double en cinquante ans. Les femmes entrent peu à peu dans la fonction publique et cette nouveauté fut assez mal accueillie. Ces dernières occupaient alors des fonctions modestes en suscitant l'agacement des employés.

La III^{ème} République et l'avènement du socialisme au pouvoir remettent au cœur du débat juridique la question de la distinction entre droit privé et droit public. Pour Léon Bourgeois « *les grandes barrières qui séparaient le droit privé du droit public fléchissent et ne tarderont pas à disparaître un jour. Droit public et droit privé fusionneront* »¹⁰⁷. Ainsi, le droit du travail et sa distinction avec le droit de la fonction publique, sont au cœur de toutes les préoccupations, véritable laboratoire d'étude afin de remettre en question une différenciation lointaine. Les penseurs juridiques s'emparèrent donc de la question et cela pour deux raisons principales¹⁰⁸. La première réside dans cet attrait à l'époque pour la contention, la régulation de la propension absolutiste de l'État. Contenir le pouvoir étatique est une problématique cruciale pour Hauriou, Duguit, Renard ou encore Scelle. La souveraineté étatique et l'entreprise contiennent ainsi des réflexions similaires pour les juristes qui amenèrent différentes théories et propositions. Le deuxième élément permettant d'expliquer cet attrait s'explique par le contexte politique. Un gouvernement socialiste est mis en place, faisant du droit social une discipline fondamentale. L'anti juridisme découlant de l'idéologie marxiste, considéré comme un outil du bourgeois, s'estompe et le juridique est réhabilité. Apparaissent ainsi peu à peu un « *socialisme juridique* »¹⁰⁹, « *une justification juridique, logique, du socialisme* » pour Emmanuel Levy. La relation entre le droit du travail et le droit de la fonction publique passionne dès lors la doctrine, alimentant diverses théories.

Le gouvernement de Vichy modifia considérablement l'ordre établi. Néanmoins, sous le régime de Vichy, malgré le rôle complexe joué par les fonctionnaires, la fonction publique n'a

¹⁰⁷ LE GOFF (Jacques), *Du silence à la parole, une histoire du droit du travail, des années 1830 à nos jours*, Rennes : Les PUR, presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2004, 602 pages, p 320-324

¹⁰⁸ *Ibid.*, p 320-324

¹⁰⁹ *Ibid.*, p 320-324

pas véritablement freiné ses effectifs et son attractivité persista. La fonction publique intéresse bien évidemment le gouvernement de Pétain qui va créer le premier statut général des fonctionnaires. Le Maréchal et ses conseillers avaient pour objectif « *de reprendre en main les fonctionnaires, en manifestant l'autorité de l'État et en leur attribuant un statut cohérent et bien organisé que la Troisième République n'avait jamais pu élaborer* »¹¹⁰. Cette loi, du 14 septembre 1941, ne concerne que la fonction publique d'État : elle s'avère en continuité avec la charte du travail construite également par le gouvernement de Vichy. La loi sur le statut général des fonctionnaires, créé par l'Amiral Darlan et un conseiller d'État, reprenait les principes corporatistes déjà édictés pour le droit du travail. Cette citation du Maréchal Pétain résumait parfaitement les objectifs recherchés : « *La France nouvelle réclame des serviteurs animés d'un esprit nouveau* », « *français* » et « *loyaux* »¹¹¹. Il s'agit de réaffirmer la dévotion des fonctionnaires pour l'État : ainsi ces derniers voient leurs libertés collectives ébranlées, ils sont interdits de manifestation ou de droit de grève. L'acte constitutionnel n°7 rétablit le serment politique ; de plus, la xénophobie caractérisant le gouvernement de Vichy se retrouve avec la loi du 3 Octobre 1940 qui interdit l'accès à la fonction publique aux personnes naturalisées françaises, juives, ou encore aux communistes.

Le recrutement des agents est donc à l'image du régime de Vichy. Les agents sont nommés, recrutés en fonction de leurs origines et doivent bien évidemment être Français, la confession juive et les opinions communistes sont interdites. Le Maréchal détient tous les pouvoirs, il a la plénitude du pouvoir gouvernemental mais aussi du pouvoir législatif puisqu'il édicte les dispositions d'ordre budgétaire ou encore fiscal.

La Libération porta le souffle du renouveau : cela passa également par un changement de la fonction publique¹¹² avec une nouvelle épuration. Bien que le Conseil National de la Résistance ne prévît pas dans son programme de dispositions relatives à l'attribution d'un statut législatif pour le fonctionnaire, au lendemain de la guerre la loi du 19 Octobre 1946 portant premier statut général républicain du fonctionnaire est votée. À l'initiative du général De Gaulle, reprenant la jurisprudence du Conseil d'État, préparé par Maurice Thorez (Ministre d'État chargé de la fonction publique), le texte est voté à l'unanimité par l'Assemblée Constituante. La loi se présente comme l'inverse de celle de 1941 puisqu'elle

¹¹⁰ BARUCH (Marc Olivier), *Servir l'Etat français : l'administration en France de 1940 à 1944*, Paris : Fayard, 1997, 744 pages.

¹¹¹ BARBAS (Jean- Claude), *Philippe Pétain, discours aux français 17 juin 1940- 20 Août 1944*, Paris : Albin Michel, 1989, pages 71- 79.

¹¹² <http://anicetlepers.blog.lemonde.fr/>: 30^{ème} anniversaire du statut général des fonctionnaires.

proclame officiellement la liberté syndicale et le droit de grève pour les fonctionnaires. Il est prévu également un cadre juridique du système de rémunération, une organisation des carrières, l'institution d'un nouveau régime de sécurité sociale et de retraite.

Le recrutement des fonctionnaires est une des questions majeures auxquelles le statut tente de répondre. Ainsi le Général De Gaulle annonçait devant l'Assemblée consultative provisoire le 25 Juillet 1945 : « *le gouvernement veut mettre en œuvre certaines réformes qui s'imposent dans le recrutement et dans l'emploi de plusieurs, sinon de toutes les catégories de fonctionnaires* ». Afin de bien recruter, il convient de proposer une formation efficace en amont, ainsi est créée l'École Nationale d'Administration (ENA) par l'ordonnance du 9 Octobre 1945. Sous l'impulsion de Michel Debré, c'est certainement la création de cette école qui marqua le plus les esprits, l'opinion, les syndicats et les médias. Pour répondre à la volonté de modifier les conditions de recrutement des grands corps administratifs de l'État, l'ENA permettait d'unifier la préparation des candidats et leur sélection, à l'entrée des administrations comme les Finances et les Affaires étrangères, en laissant de côté toutefois la magistrature.

Néanmoins, les changements opérés en matière de recrutement des grands corps administratifs ne pouvaient se limiter à ces derniers : la volonté d'unification devait se retrouver dans la gestion et l'organisation de toutes les administrations intéressées. Ainsi, le concours se généralisa et apparut comme le mode de recrutement de principe dans la fonction publique.

Si la Libération porte les stigmates du régime de Vichy, on refuse alors l'emploi de certains termes comme « *corps* » en préférant « *cadres* » de fonctionnaires : le renouveau Republicain tente d'effacer ces douloureux souvenirs. Les textes, d'une importance majeure, contrastent manifestement et les avancées concernant la fonction publique sont significatives : le fonctionnaire a un statut républicain, une école existe afin de le former au mieux, il ressort une unification du recrutement dont le concours est le principe.

3 - Vers la fonction publique d'aujourd'hui : entre unification et questionnements

A l'occasion du 30^{ème} anniversaire du statut général des fonctionnaires, Anicet le Pors¹¹³ fit une déclaration illustrant parfaitement les faiblesses, mais surtout les forces du statut général : « *À ceux qui glosent sur la rigidité du statut général on peut répondre que peu de textes ont*

¹¹³ <http://anicetleporis.blog.lemonde.fr/>: 30^{ème} anniversaire du statut général des fonctionnaires.

fait la preuve d'une telle capacité à évoluer sur une aussi longue période. Le statut général actuel est d'ores et déjà celui qui présente la plus grande longévité ».

Le statut général du fonctionnaire de 1946 est en application durant la IV^{ème} République, mais sous la V^{ème} République ce dernier est modifié. L'article 34 de la Constitution du 4 Octobre 1958 impose une répartition entre le domaine de la loi et du règlement, un nouveau statut apparaît donc avec l'ordonnance du 4 Février 1959. Les grandes lignes et grandes libertés proclamées par le statut de 1946 sont reprises, néanmoins quelques modifications sont apportées.

En 1981 une des plus importantes réformes depuis la Libération est mise en place et modifie à nouveau le statut général des fonctionnaires. La volonté exprimée est claire : unifier une fonction publique quelque peu éclatée. La loi du 13 Juillet 1981 relative aux droits et obligations des fonctionnaires annule les dispositions qui la précèdent et s'applique à tous les fonctionnaires, plus seulement les fonctionnaires d'État. En lien avec la loi de décentralisation du 2 Mars 1982, trois textes se détachent: la loi du 11 Janvier 1984 sur la fonction publique d'État, la loi du 26 Janvier 1984 sur la fonction publique territoriale et la loi du 9 Janvier 1986 sur la fonction publique hospitalière. Le statut est donc désormais étendu aux trois fonctions publiques, aux agents des collectivités territoriales, aux établissements publics hospitaliers et aux établissements publics de recherche.

Si les lois précitées ont des vertus unificatrices, certains statuts particuliers demeurent¹¹⁴. Une distinction doit toutefois être opérée entre statuts particuliers, statuts spéciaux et statuts autonomes. Malgré l'unité de la fonction publique et sa consécration issue du travail entrepris dans les années 1980, la fonction publique force à opérer quelques différenciations. Néanmoins, l'objectif de ces statuts particuliers pour chaque corps ou cadre d'emploi vise à préciser les modalités d'organisation et de fonctionnement permettant ainsi la mise en œuvre du statut général. Pour la fonction publique d'État par exemple, la loi de 1984 prévoit deux catégories de statuts particuliers, les statuts particuliers ordinaires et dérogatoires. Les statuts particuliers ordinaires permettent d'apporter des précisions, comme les modalités d'organisation du concours ou encore l'avancement, qui ne peuvent être prévues dans le statut général pour certains corps. Il s'agit de permettre plus de garanties, comme l'inamovibilité pour les magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel avec la

¹¹⁴ Différents exemples : Les personnels de surveillance de l'administration pénitentiaire (décret n°2006-441 du 14 avril 2006 portant statut particulier des corps du personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire), ou encore les magistrats (ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature).

loi du 6 janvier 1986 par exemple. Les statuts particuliers dérogatoires permettent, quant à eux, de déroger à certaines dispositions du statut général, notamment lorsque ces dernières ne correspondent pas aux besoins de certains corps, et après avis du Conseil supérieur de la fonction publique d'État. Les enseignants et personnels de la recherche, ou encore les corps recrutés par la voie de l'École nationale d'administration sont concernés par cette dérogation. Les statuts spéciaux concernent des corps de fonctionnaires dont le droit de grève est retiré ou restreint pour des raisons de continuité de service public ou de maintien de l'ordre public. La loi du 21 janvier 1995 relative aux personnels de la police nationale, l'ordonnance du 6 Août 1958 concernant les personnels des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire, tout comme les surveillants de prison ou encore les techniciens chargés de la sécurité aérienne illustrent cette restriction. Enfin, les statuts autonomes concernent certains corps de fonctionnaires qui ne sont pas soumis au statut général de la fonction publique. On retrouve ainsi les magistrats judiciaires avec l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Les fonctionnaires des assemblées parlementaires, en raison du principe de la séparation des pouvoirs, bénéficient également d'un statut autonome avec l'ordonnance du 17 novembre 1958. Le décret du 1^{er} septembre 1954 prévoit également un statut autonome, bien spécifique, pour les fonctionnaires de la direction générale de la sécurité extérieure. Les militaires bénéficient eux aussi d'une autonomie, organisée par la loi du 13 juillet 1972, puis du 24 mars 2005 et par l'ordonnance du 29 mars 2007.

La fonction publique évolue considérablement durant la Vème République, cependant certains la critiquent, arguant une rigidité découlant du statut général et une multiplication de statuts particuliers, que d'aucuns qualifient de superposition¹¹⁵. En effet, le statut général de la fonction publique n'est pas l'unique statut pour le fonctionnaire. Néanmoins, on ne peut parler de superposition car les statuts particuliers ont une justification solide et ne provoquent pas nécessairement d'effets perturbateurs dans la logique d'unité de la fonction publique poursuivie. Ces particularismes peuvent s'expliquer par leur objet. Ils concernent les corps de fonctionnaires relevant des fonctions régaliennes de l'État et assurent le respect de la séparation des pouvoirs : magistrature, police, armée, sécurité par exemple. Les statuts particuliers ont souvent pour objectif de permettre une meilleure application du statut général, la spécificité restant ainsi au service de l'unité.

¹¹⁵ Revue française d'administration publique, *Changer la fonction publique*, ENA, 2009, n°132, 256 p, p 1-46

D'autres critiques sont également adressées à cette nouvelle fonction publique : certains parlent de « fonctionnarisation de la politique » ou de « politisation des fonctionnaires ».¹¹⁶ Une assez forte politisation de la haute fonction publique se dessine : diverses raisons expliquent ce phénomène remarqué depuis les années 1970. Pour les auteurs, cette politisation se comprend par la possibilité donnée à l'État de pourvoir à sa guise certains emplois supérieurs, comme d'en écarter des titulaires, pour des raisons de fidélité ou d'absence de fidélité politique. Également, les hauts fonctionnaires, principalement issus de l'École Nationale d'Administration, intègrent avec facilité des fonctions politiques parlementaires ou encore gouvernementales. Ce phénomène de politisation est une « caractéristique traditionnelle » dans la fonction publique territoriale, où les autorités territoriales choisissent fréquemment, pour les emplois les plus importants, des personnes en accord d'idées. De nombreux Présidents de la Vème République, comme Valérie Giscard d'Estaing, Jacques Chirac ou encore François Hollande sont issus de l'ENA. Ce phénomène est un des particularismes de la fonction publique à la française : cela est, par exemple, impossible au Royaume-Uni où le principe de neutralité de la fonction publique bloque les fonctionnaires désireux de poursuivre une carrière politique.

2- Les enseignements de l'histoire de la fonction publique française

4 - Un apport historique riche

Diverses leçons peuvent être tirées de l'histoire du recrutement, et peuvent être relevées en quelques points. Tout d'abord, depuis la création de l'État, un élément déterminant se distingue : être un agent de l'État n'est pas une fonction ordinaire. Durant l'Antiquité et la naissance de la notion d'État, travailler pour ce dernier est une faveur. Dès l'origine de la fonction publique, considérer les agents de l'État comme de simples ouvriers d'une entreprise n'était déjà ni légitime ni raisonnable : la conception de Clémenceau se retrouvait déjà sous l'empire romain. Les fonctionnaires de l'époque sont des privilégiés, l'État n'est pas un employeur comme les autres et œuvrer pour ce dernier n'est pas chose commune. Le privilège est « *l'avantage particulier considéré comme conférant un droit, une faveur à quelqu'un, à un groupe* »¹¹⁷. Ce terme de « privilège » trouve une définition particulière dans la France de l'Ancien Régime car il caractérise à lui seul l'époque, où l'hérédité, facteur déterminant durant l'époque antique également, devient le critère unique du recrutement des

¹¹⁶ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique*, op. cit., p 14

¹¹⁷ www.larousse.fr

fonctionnaires. La faveur de représenter et travailler pour l'État se réserve à un groupe oligarchique. La fin des privilèges et la Révolution ne dérogent pas à la règle : si désormais la faveur ne se transmet plus, être un agent demeure une fonction exceptionnelle, car il s'agit d'un honneur et d'un devoir envers la République. Sous l'Empire travailler pour l'État se mérite, il faut démontrer des compétences particulières, être un agent est encore une fonction réservée mais sur le critère des aptitudes et des qualités. La conception républicaine s'installe dans cette ligne : l'agent doit démontrer des aptitudes particulières nécessitant la généralisation du concours afin d'être recruté pour mériter d'œuvrer pour l'État. Le fonctionnaire n'a donc jamais été un « travailleur » comme les autres, et cela est à l'origine de bien des questionnements quant à son recrutement.

Ensuite, un autre élément est mis en avant dans l'histoire, l'organisation de la fonction publique comme le recrutement de ses agents est le reflet de l'État et de son gouvernement. La fonction publique durant la période antique est organisée, militarisée à l'image de l'État romain. Le recrutement par la voie héréditaire apparaît rapidement et pose déjà certaines problématiques. La fonction publique, comme le gouvernement de l'époque, se compose d'une aristocratie administrative fermée : c'est un régime oligarchique. Le recrutement des agents se fait donc par nomination et cette dernière peut être transmise à ses enfants. Le Moyen-Âge et l'Ancien Régime ne rompent pas avec ces caractéristiques antiques, mais la notion de mérite et de compétence rattachée à une conception militaire de la fonction publique s'estompe : les offices deviennent des biens qui peuvent se transmettre. Louis XIV disait « *l'État c'est moi* », ainsi les agents de l'État étaient les agents du roi et devaient servir les intérêts de ce dernier. La nomination comme mode de recrutement apparaissait encore comme évidente et en cohérence avec la politique de l'époque. La Révolution a pour volonté de trancher considérablement avec l'époque des privilèges. Le recrutement de principe est donc l'élection, en conformité avec les principes d'égalité et de liberté. Cependant la Révolution souffre d'une désorganisation importante et cela transparaît dans la fonction publique dont l'efficacité est remise en cause. L'Empire, quant à lui, renoue avec l'organisation militarisée présente sous l'empire romain. La fonction publique demeure à l'image de l'empire et de Napoléon puisqu'elle est organisée mais muselée et le recrutement ne s'effectuera plus par la voie de l'élection mais de la nomination, au bon vouloir de l'empereur. Les Républiques tentent de concilier l'exigence de formation et de recrutement efficace en généralisant le concours. Si le régime de Vichy réinstalle la nomination réservée au Maréchal, la Vème République poursuit la construction amorcée durant la IIIème République et réinstalle le

recrutement statutaire *via* le concours. L'État, sa fonction publique et son recrutement sont interdépendants. Néanmoins, il est facile de prendre la hauteur nécessaire afin de relever, à l'étude de l'approche historique de la fonction publique, en quoi cette dernière est le reflet de la notion d'État de l'époque, et il est bien plus ardu d'effectuer ce même comparatif de nos jours.

Si la conception du fonctionnaire, d'un agent « extraordinaire » puisque exerçant pour l'employeur « extraordinaire » État, est mise à mal avec l'apparition d'agents « ordinaires » non titulaires, n'est-ce pas la notion d'État qui est elle-même menacée ? L'image du fonctionnaire que l'on retrouve à l'époque de Marcel Pagnol au début du XX^{ème} siècle est dans ses récits d'enfance : « *Il y a certainement de quoi infliger un blâme à un instituteur. Et pour moi, un blâme équivaut à la révocation, car je démissionnerai. On ne reste pas dans l'Université sous le poids d'un blâme* »¹¹⁸. Dans son récit Marcel Pagnol évoque la peur de son père, fonctionnaire de l'éducation nationale, quant à la possibilité de recevoir un blâme. Ce n'est ni la sanction, ni la peur de perdre son travail qui anime Joseph Pagnol, mais la honte d'avoir trahi l'État et la nation en n'ayant pas eu un comportement digne de sa fonction. Ce simple récit met donc en avant la conception du fonctionnaire de l'époque : être un agent de l'État était un honneur et il fallait répondre à ses devoirs en étant le plus exemplaire possible. L'histoire a démontré que la fonction publique n'est que le reflet de l'État : l'étiollement actuel de la conception du fonctionnaire serait, dès lors, la manifestation d'un affaiblissement de la notion même d'État.

Si cette question est complexe, un certain basculement du concept de « *serviteur de l'État* » est quant à lui déjà remarqué en 1988 par Jean-Claude Thoenig¹¹⁹. Le sociologue démontre bien l'opposition entre la conception venant à reconnaître dans le fonctionnaire un « *serviteur de l'État* » et celle du « manager » public. À l'époque de Joseph Pagnol, être fonctionnaire consistait avant tout à servir l'État, car la conception française se distingue par une « *sacralisation* » de ce dernier. Néanmoins, une évolution de la fonction publique se remarque dans tous les pays pour des raisons diverses et multiples comme l'internationalisation des espaces, l'exigence de compétitivité, la crise, le changement de méthodes de travail (informatique...), ou encore le management public et l'analyse des politiques publiques. Tout comme les autres pays, la France modernise sa fonction publique,

¹¹⁸ PAGNOL (Marcel), « souvenirs d'enfance tome 2, Le château de ma mère », Paris : le livre de poche, 1958, 81 p, p 74

¹¹⁹ THOENIG (Jean- Claude), « Serviteurs de l'Etat ou manager public : le débat en France », in : *politiques et management publics*, vol.6, n°2, 1988, p 81-92.

mais difficilement : cela s'effectue de façon progressive et dissimulée dans un premier temps, pour aujourd'hui être une évidence. Apparaissent ainsi rapidement le cadre « *passager clandestin* » et le manager public. Pour Jean-Claude Thoenig, le « *passager* » est l'opposé du « *serviteur* ». Il est le cadre qui va bousculer l'existant en poussant « *la logique de l'utilitarisme individuel* » à son paroxysme. Ce dernier délaisse la primauté attribuée aux valeurs de l'État en les substituant « *par des valeurs de développement personnel et auto-centré* ». Le « manager » public est pour le sociologue le nouvel acteur mis en avant par la modernisation de la fonction publique. Ce dernier doit être formé et qualifié. Sa mission se concentrera sur la « *résolution des problèmes* » : il doit être efficace, performant et spécialisé, bien plus que doté d'aptitudes et dévoué. L'étude de la conception du « *serviteur de l'État* » met ainsi en avant un certain basculement amené par la modernisation de la fonction publique dans la conception-même de l'agent public et de ses missions. Parmi les causes soulevées un acteur important ressort : le droit européen. La difficulté du changement français ne peut s'expliquer sans étudier la contrainte européenne.

Un autre enseignement peut être relevé à la lecture de la genèse de la fonction publique et de son recrutement. Si des recrutements de principe ont été mis en avant durant chaque période, ces derniers se sont toujours caractérisés par une certaine diversité. La première voie de recrutement est celle de la nomination dans l'antiquité. Au Moyen-Âge et dans la France de l'Ancien Régime, les modes du recrutement se diversifient. La nomination est conservée, toutefois le contrat de mandat liant le monarque aux commissaires apparaît, tandis que les ingénieurs des Ponts et Chaussées sont recrutés par concours. Durant la Révolution, le recrutement se marque d'une grande hétérogénéité : on y retrouve l'élection, le concours et la nomination par exemple. Le concours est donc un recrutement aux racines lointaines et il apparaît tout au long de l'histoire de la fonction publique. La voie statutaire a toujours été le mode de recours à des agents privilégiés par la République. Le concours n'a donc pas connu de consécration par la Vème République. Les questions posées aujourd'hui trouvent ainsi des échos différents. La voie statutaire et le concours constituent un principe depuis le statut de 1946. La question d'un recrutement exceptionnel et le recours au contrat posent donc de nombreuses problématiques. Néanmoins, à la lecture de l'histoire et de la constante diversification des modes de recrutement, comment est-il possible d'imaginer que la fonction publique puisse se contenter d'une seule voie ? L'histoire enseigne donc que la problématique du recrutement a toujours suscité de nombreuses interrogations et que les réponses ont toujours été diversifiées et non réservées à un mode de recrutement unique. Un autre élément

est à relever dans l'historique. Le contrat a toujours été présent, à travers le mandat par exemple, et il fut depuis longtemps l'objet de débats quant à la nature juridique du lien unissant le fonctionnaire et l'État notamment.

L'histoire met en lumière la coexistence, plutôt ancienne, du recrutement statutaire et contractuel. Mais, au-delà de la question du recrutement, l'histoire démontre une autre comparaison récurrente : celle entre le droit du travail et le droit de la fonction publique. La distinction, mais surtout les concordances entre le droit privé et le droit public, ont toujours intéressé les juristes. Sous l'Ancien Régime déjà, la distinction entre droit du travail et droit de la fonction publique voyait son intérêt discuté. Les juristes de l'époque pensaient que la détermination du contenu et des modalités de la puissance publique devaient dépasser le clivage du droit privé et du droit public, la démarcation n'était donc pas un véritable « enjeu ¹²⁰ » au XIV et XV^{ème} siècle. A la Révolution, le syncrétisme se poursuit et on emploie tantôt le mot « employé », tantôt le terme « fonctionnaire », opacifiant ainsi la frontière entre les deux droits. Sous l'Empire, la confusion demeure, puisque le lien unissant l'agent public à l'État pose de nombreuses interrogations. On se demande alors s'il s'agit d'une convention particulière, d'un contrat de louages de services ou encore d'un statut réglementaire. Cependant, la période la plus féconde en termes de réflexions sur la distinction entre le droit du travail et le droit de la fonction publique est sans nul doute le début du XX^{ème} siècle. Sous la III^{ème} République, avec l'avènement d'un gouvernement socialiste, les juristes s'impliquent dans le débat et proposent diverses théories : ainsi « *la distinction classique, en France, entre droit public et droit privé, est mise à mal* ¹²¹ ». La thématique importante de l'époque consiste en une possible « *abolition des frontières académiques entre les deux sous-continentes de l'univers juridique* ¹²² ». Le droit du travail apparaît comme un des exemples les plus probants de cette nécessaire fusion entre les deux domaines du droit. Différentes théories sont mises en avant, la logique statutaire par exemple. Cette doctrine propose une certaine émancipation face aux volontés individuelles propres au contrat. Le constat, lucide, d'un rapport naturellement déséquilibré entre l'employeur et le salarié, amorce une réflexion quant à une logique statutaire mettant fin à cette instabilité : « *L'idée de statut renvoie à celle de définition objective d'une situation émancipée du jeu des volontés individuelles et de son subjectivisme menaçant pour la partie faible* ¹²³ ». On qualifie le contrat de travail de contrat d'adhésion et non de contrat synallagmatique. La logique institutionnelle

¹²⁰ WEIDENFELD (Katia), *Histoire du droit administratif, du XIV^{ème} siècle à nos jours, op. cit.*, p 29

¹²¹ LE GOFF (Jacques), *Du silence à la parole, une histoire du droit du travail, des années 1830 à nos jours, op.cit.*, p 13

¹²² *Ibid.*, p 320-324

¹²³ *Ibid.*, p 320-324

quant à elle est mise en avant par Maurice Hauriou. Il s'agit avec la théorie de l'Institution d'encadrer et de limiter le pouvoir. La logique est fondée sur l'intérêt général et le bien commun. Chaque organe et acteur fonctionneraient pour l'intérêt de l'Institution, donc, en l'espèce, de l'entreprise. Loin des volontés individuelles, l'intérêt serait donc centré sur l'entreprise. Cela peut déboucher sur des théories d'abus et d'excès de pouvoir, où l'employeur devra œuvrer dans l'intérêt de l'entreprise et non pour le sien propre. Les conséquences concernant le salarié sont moins claires. Cette théorie n'a que de faibles transpositions de nos jours, néanmoins on peut retrouver quelques mentions comme l'article L 122-12 alinéa 2 qui dispose brièvement que les « *contrats de travail subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ». Le salarié est donc rattaché, au-delà de son contrat de travail, à l'entreprise comme entité objective. L'entreprise est donc bien distincte de l'employeur. Tous ces enseignements sont importants puisqu'ils entraînent différentes conclusions. L'histoire démontre que les questions des concordances et divergences entre le droit de la fonction publique et le droit du travail ne sont pas nouvelles. Au-delà de ce débat, cette distinction est considérée comme une des plus probantes afin de rassembler les deux grands domaines du droit, le droit privé et le droit public. Très vite, les juristes ont étudié des théories et doctrines permettant de rapprocher le droit du travail du droit de la fonction publique. La logique statutaire et la logique contractuelle ont toujours fait l'objet de questionnements et croisements : si le contrat semble prendre de l'importance en droit de la fonction publique et dans le recrutement, le statut est aussi une proposition soulevée en droit du travail. Il s'agit donc bien d'échanges, emprunts, entre les deux droits, qui existent depuis bien longtemps. L'histoire du droit de la fonction publique n'est pas linéaire dès lors qu'elle est marquée de diversité : néanmoins, si des rapprochements importants sont soulevés entre le droit de la fonction publique et le droit du travail, principalement au début du XX^{ème} siècle, les deux droits demeurent profondément différents, avec des logiques singulières.

L'hérité dans la fonction publique est un élément déterminant que l'on retrouve tout au long de l'histoire. Toutefois, même si elle ne semble plus constituer un facteur décisif de nos jours, on peut encore parler d'une forme de fonction publique héréditaire. De nombreuses études expliquent que les enfants de fonctionnaires deviennent eux-aussi majoritairement des agents titulaires, certains parlent même de « sur-représentation »¹²⁴. Les enfants de fonctionnaires représentent plus de 30% des cadres, et environ 26% des professions intermédiaires dans la fonction publique, et « *sont donc clairement sur-représentés* ». L'observatoire des inégalités

¹²⁴ www.insee.fr « la fonction publique : vers plus de diversité ? ».

dans son étude sur la diversité sociale à l'ENA effectue un constat similaire¹²⁵. La haute fonction publique formée à l'École Nationale d'Administration n'est pas accessible à tous, puisqu'en 2009 sur 81 élèves, seulement 4 avaient un parent ouvrier. Les élèves issus de l'ENA ont dans une grande majorité un parent cadre ou de profession intermédiaire, le plus souvent lui-même haut fonctionnaire. La fonction publique n'est donc plus héréditaire bien évidemment, néanmoins certains aspects persistent dans la transmission et bien souvent les enfants de fonctionnaires exerceront le même métier que leur parent¹²⁶.

Enfin, l'histoire révèle une caractéristique dominante de la fonction publique : elle est attractive. Les effectifs ne cessent de croître depuis la création de la fonction publique. Avant la première guerre mondiale, on comptait près de 700.000 agents travaillant pour l'État sur une population globale atteignant environ 41.600.000 habitants. Entre le gouvernement de Vichy et la Libération près de 200 000 fonctionnaires en plus ont pu être recensés, sur une population globale d'environ 39.770.000 habitants. La période pourtant difficile n'a pas freiné l'attractivité. Les effectifs se sont stabilisés entre 2007 et 2013 et on compte aujourd'hui près de 5.2 millions de personnes travaillant pour l'État¹²⁷. Il y a environ 2 millions d'agents dans la fonction publique d'État, 1.8 million dans la fonction publique territoriale et enfin 1.1 million dans la fonction publique hospitalière. Sur ces données, 3.8 millions d'agents sont titulaires et 898 000 agents sont non titulaires, sans comptabiliser les 143 000 emplois aidés. Le nombre d'agents non titulaires semble dès lors important sans égaler les effectifs d'agents titulaires. L'agent non titulaire demeure l'exception, mais l'accroissement des effectifs ne vient-il pas déstabiliser dangereusement la répartition entre le principe, le recrutement statutaire, et son exception, le recrutement contractuel ? Sur cette question des effectifs et de l'accroissement de la part des agents non titulaires dans la fonction publique un débat peut être engagé. La Direction Générale de l'Administration et de la Fonction Publique (DGAFP) dans son rapport de 2013 expose que la part des agents non titulaires est passée de 14.3 % à 16.8 % des effectifs entre fin 2000 et fin 2011¹²⁸. Le nombre d'agents non titulaires augmente ainsi de 2.5 % par an. Néanmoins, les effectifs semblent se stabiliser et l'augmentation ne semble pas si spectaculaire. Les effectifs augmentent, certes, mais cette indication chiffrée doit être étudiée avec beaucoup de prudence, puisque les effectifs d'agents publics, titulaires

¹²⁵ www.inegalites.fr rubrique éducation : « pas de diversité sociale à l'ENA ».

¹²⁶ BOURDIEU (Pierre), PASSERON (Jean-Claude), *Les héritiers : les étudiants et la culture*, Paris, Les Éditions de Minuit, coll. « Grands documents », n° 18, 1964, 183 p, *op. cit.*

¹²⁷ DGAFP, rapport annuel, « Fonction publique, chiffres-clés », coll. fonction publique faits et chiffres, 2012

¹²⁸ DGAFP, rapport : « Faits et chiffres l'essentiel », 2013

et non titulaires, s'accroissent principalement dans la fonction publique territoriale et dans la fonction publique hospitalière, qui marque en 2013 la plus forte progression.

L'histoire apporte donc un éclairage important nous permettant d'identifier la construction du droit de la fonction publique, les sources des différents recrutements, de comprendre les liens entre le droit de la fonction publique et le droit du travail, ou encore d'identifier les origines du contrat comme mode de recrutement. Néanmoins, afin d'appréhender le droit de la fonction publique et les choix opérés justifiant le recrutement statutaire, il convient désormais d'étudier les caractéristiques du droit de la fonction publique.

B – Les caractéristiques du droit de la fonction publique

Le droit de la fonction publique se caractérise par une émancipation aux règles du droit commun du travail marquant ainsi celui-là d'un particularisme fort (1), ainsi que par une tentative répétée d'harmonisation des règles relatives aux trois versants composant la fonction publique afin de consacrer une unité au service d'un dialogue constant (2). L'étude de ces caractéristiques s'avère primordiale afin de percevoir les antagonismes résultant de l'insertion d'une logique contractuelle au sein du droit de la fonction publique.

1- Le particularisme de la fonction publique

5 - Un affranchissement par le droit de la fonction publique des règles du droit commun du travail

Lorsqu'on étudie la fonction publique française et que l'on relève les particularismes permettant de l'identifier, deux problématiques peuvent être soulevées. La première concerne les rapports entre la fonction publique et le pouvoir politique, et la deuxième entre la fonction publique et le droit du travail. Relève de cette étude le deuxième élément, raison des orientations prises et des problématiques posées en matière de recrutement, et essence même des questionnements quant aux emprunts du droit de la fonction publique et du droit du travail¹²⁹. Le droit de la fonction publique doit-il prévoir pour ses agents des règles différentes ou proches du droit du travail ? Telle est la question, épineuse, à laquelle il doit impérativement être répondu. La France a opté pour une émancipation du droit de la fonction publique des règles du droit commun du travail, ce qui constitue une caractéristique et une particularité de notre droit. Le particularisme à la française apparaît au XIX^{ème} siècle,

¹²⁹ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.* p 9

lorsqu'il est prévu que les agents seraient munis d'un statut spécial, composé de règles s'écartant du droit commun du travail. L'affirmation de ce particularisme s'est faite progressivement. Dès l'Ancien Régime, en matière d'office notamment, cette conception semble dominer. En évoluant, la fonction publique se détourne du code civil, avant la naissance du droit du travail, dont les règles ne s'appliquent pas à l'administration malgré quelques exceptions. L'émancipation est consacrée à travers deux éléments déterminants : d'une part, l'autonomie du droit administratif, d'autre part, le particularisme à travers la reconnaissance de la responsabilité de l'administration. Ainsi, l'autonomie du droit administratif résulte de la séparation des juridictions administratives et des juridictions judiciaires et découle de la loi des 16 et 24 août 1790 qui dispose, dans son article 13 « *les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* ». Le décret du 16 fructidor de l'an 3 relevait que « *défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit* ». La jurisprudence consacra également cette évolution par l'arrêt *Blanco*¹³⁰ en 1873 en matière de responsabilité. La jurisprudence assoit progressivement l'autonomie du droit de la fonction publique en énonçant que le fonctionnaire est placé dans une situation légale et réglementaire et qu'il n'existe donc pas de contrat entre l'agent et l'État. Le juge indique que le statut de l'agent dépend du droit public : en outre, il se donne la possibilité d'énoncer des principes non écrits qu'il rattache au droit public. De plus, le juge administratif est seul compétent pour traiter des questions relatives aux agents.

Cette émancipation du droit du travail se marque par l'adoption d'un système qui se veut l'opposé du système d'emploi prévu en droit privé : le système de carrière. Ce modèle repose sur un recrutement de l'agent administratif centré sur la carrière, une « *profession à laquelle on se consacre et comportant des étapes*¹³¹ », permettant ainsi à l'agent de travailler dans l'administration de façon permanente. Ce système de carrière s'oppose donc au système d'emploi, où le fonctionnaire est recruté pour un emploi déterminé. Cela met en valeur tout l'atypisme du système de carrière car contrairement au système d'emploi l'agent recruté ne l'est pas pour un emploi déterminé, il entre en réalité dans un corps, où tout au long de sa carrière il pourra occuper divers emplois. L'agent ne sera donc pas choisi pour ses aptitudes

¹³⁰ TC, 8 Juin 1873, *Blanco*, n°00012, *Recueil Lebon* p 62 ; concl. David

¹³¹ www.larousse.fr

concernant un emploi déterminé mais sera de préférence recruté pour ses aptitudes à exercer des attributions différentes durant sa carrière. Le recrutement s'effectuera principalement sur concours ou par concours sur épreuve, et ne donnera pas lieu à un contrat mais à une nomination. Le fonctionnaire est placé dans une situation générale, légale et réglementaire. La carrière de l'agent titulaire est évolutive, tant par l'avancement, que par les mutations ou affectations. Ce système est très présent en droit de la fonction publique en France, il existe également en Angleterre ou encore en Allemagne¹³².

Néanmoins, le système de carrière caractérisant le droit de la fonction publique français souffre de tempéraments. Le système de carrière est ancré dans la fonction publique d'État, mais il n'a été que partiellement et tardivement introduit dans la fonction publique territoriale, qui adhère au système d'emploi. Depuis les réformes des années 1980, la fonction publique territoriale adhère au système de carrière, gardant toutefois des stigmates de ses anciennes caractéristiques. Ainsi de nombreuses résurgences du système d'emploi permettent de conclure que ce dernier n'a pas été totalement évincé du droit de la fonction publique, où il demeure encore présent.

Toutefois, des tempéraments au particularisme même du droit de la fonction publique concernant son émancipation du droit du travail se distinguent. En effet, une des premières atténuations consiste à considérer qu'il y a des situations où aucune différence n'est relevée entre la situation de travail dans l'entreprise et dans l'administration. Concernant les salariés de droit privé dans l'administration le droit commun du travail s'applique. Mais la plus grande difficulté réside dans le dialogue, constant, entre droit du travail et droit de la fonction publique. Le droit de la fonction publique inspire le droit du travail, et cela se distingue dans certaines décisions de la chambre sociale de la Cour de Cassation. Le droit de la fonction publique n'hésite pas, quant à lui, à emprunter les mêmes principes généraux du droit que l'on a insérés dans le code du travail. Par exemple, il est interdit de licencier une femme agent public enceinte¹³³. Le particularisme à la française exprime donc une tendance : les agents titulaires de l'administration dépendent de règles spécifiques. Néanmoins cela n'est jamais catégorique : les choix ne sont pas uniques, aucun modèle ne peut opter pour un particularisme tranché. Il s'agit simplement de préférences exprimées. Contrairement au

¹³² AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique*, *op.cit.*, p 19-23

¹³³ CE, ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, n°80232, R. 406, concl. S. Grevisse ; *AJDA* : 1973, p 587, chron. D. Leger et M. Boyon, *JCP* : 1945. II. 17957, note Y. Saint-Jours

concept français, le modèle anglo-saxon choisit une soumission aux règles de droit commun du travail.

L'étude des particularismes des autres pays concernant les agents de l'État et le droit applicable peut être très instructive. Il semble qu'il y ait autant de fonctions publiques que d'États, malgré certaines similitudes : les réponses apportées sont tout de même marquées d'une hétérogénéité déconcertante¹³⁴. Les États-Unis optent pour un concept différent du particularisme français, où les agents publics dépendent du droit commun du travail, excepté pour certaines catégories d'agents assez limitées. Ainsi les États-Unis adhèrent à un système d'emploi. Le modèle anglais semble encore plus complexe, le principe d'une administration soumise dans ses relations de travail à des règles spécifiques n'est pas clairement consacré : pourtant, dans les faits, de nombreuses spécificités se distinguent, le « *civil service* » est soumis à des règles très particulières. Le Canada opte pour un système d'emploi, tout comme l'Italie depuis les années 1990 et les grandes réformes de « privatisation » de la fonction publique. Le droit de la fonction publique et la recherche d'unité dans cette dernière, constituent également une caractéristique dominante.

2- L'unité de la fonction publique

6 - Un principe d'unité au service d'une fonction publique homogène

Le principe d'unité de la fonction publique est une des caractéristiques majeures de cette branche du droit. La volonté unificatrice porte sur les rapports et dialogues instaurés entre les trois fonctions publiques. Cette volonté trouve son principal écho avec la loi du 13 juillet 1983 portant sur les droits et obligations des fonctionnaires, instituant des principes et mécanismes communs afin de lier les trois fonctions publiques. Certaines pratiques sont partagées par les trois fonctions publiques, comme la négociation concernant les traitements qui a lieu en même temps dans les trois branches. Cette volonté d'unifier la fonction publique se ressent également *via* la consécration de principes comme la parité¹³⁵ par exemple, concernant les fonctionnaires d'État et territoriaux en matière de rémunération.

La première source du principe de parité se trouvait dans l'article 15 de la loi du 13 juillet 1983 qui disposait que : « *les fonctionnaires appartenant à des corps comparables de la fonction publique de l'État et de la fonction publique territoriale bénéficient de*

¹³⁴ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique*, *op. cit.* p 19-31

¹³⁵ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale*, *op. cit.* p 206

rémunérations identiques ». Malgré la loi Galland du 13 juillet 1987 qui supprima cet article, cette pratique consacrée persiste *via* la loi du 26 Janvier 1984 qui renvoie à l'article 20 de la loi de 1983. Cela suppose donc que les deux « catégories » d'agents soient rémunérées selon les mêmes principes, ainsi le traitement est calculé sur la même grille salariale. Dans un arrêt du 27 Novembre 1992, le Conseil d'État vient préciser que le principe de parité impose une équivalence entre les agents de l'État et ceux des collectivités¹³⁶. Le principe de parité a donc une définition claire : il contribue à l'unité de la fonction publique en alignant la situation des agents territoriaux sur celle des agents de l'État, sous réserve d'une équivalence de fonction démontrable. L'objectif est simple : limiter le pouvoir des collectivités dans la fixation de la rémunération de ses agents. Ainsi, le principe « *ne permet pas aux fonctionnaires territoriaux de revendiquer un alignement sur la situation des agents de l'État* »¹³⁷.

Un autre élément important vient contribuer à l'unité de la fonction publique, la mobilité¹³⁸. En effet, si l'on souhaite que la fonction publique forme un ensemble unifié il est primordial de faciliter les échanges entre les trois fonctions publiques. La loi du 3 Août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique œuvre dans ce sens¹³⁹, en permettant, notamment, une mobilité simplifiée entre les différentes fonctions publiques et en expérimentant diverses méthodes comme le cumul d'emplois.

Néanmoins, si l'objectif poursuivi est l'unité, la situation est bien plus complexe puisqu'il s'agit d'un dialogue constant entre une unité souhaitée et une pluralité effective¹⁴⁰. Le principe d'unité est, malgré les incitations, bien difficile à honorer. Certes les trois fonctions publiques ont des cadres communs ; néanmoins, elles gardent une certaine autonomie et conservent leurs habitudes passées, comme la fonction publique territoriale et son adhésion au système d'emploi. Didier Jean-Pierre relève cette pluralité lorsqu'il évoque la contractualisation et les idées reçues sur la fonction publique¹⁴¹. En effet, pour l'auteur on ne

¹³⁶ CE, 27 novembre 1992, *Féd. Interco CFDT et autres*, n°129600, *Rec. CE* 1992, p. 426, *AJDA* : 1993, p. 208, note Aubry F.-X.

¹³⁷ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale*, *op. cit.* p 206

¹³⁸ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique*, *op. cit.* p 281-283

¹³⁹ Loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, *JORF* : 6 août 2009, n°0180, p 13116, article 14 : « *A titre expérimental et pour une durée de cinq ans à compter de la promulgation de la présente loi, les fonctionnaires de l'Etat peuvent, lorsque les besoins du service le justifient et sous réserve de leur accord, être nommés dans des emplois permanents à temps non complet cumulés relevant des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics de l'Etat et des collectivités territoriales* ».

¹⁴⁰ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique*, *op. cit.* p 14

¹⁴¹ JEAN-PIERRE (Didier), « Une fonction publique sans fonctionnaires ? », in : *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 17, 26 Avril 2011, 2170.

cesse de voir des arguments étonnants, « douteux », que « *les politiques usent et utilisent à outrance* » sur la fonction publique. Afin de justifier une modification de la fonction publique, et une « *mosaïque de réformes* » tendant vers une contractualisation, il est souvent remarqué que les effectifs des fonctionnaires sont bien trop élevés. Néanmoins, cet argument n'est que façade et les effectifs de fonctionnaires, malgré chaque réforme, n'ont jamais véritablement régressé ; ils ont même augmenté dans certains corps. Cette diminution ne peut avoir lieu simplement car la fonction publique territoriale, notamment, échappe à l'État. Ainsi, en expliquant l'évolution de la fonction publique l'auteur met en avant la singularité et l'autonomie de la fonction publique territoriale. Parler d'unité de la fonction publique ne peut s'effectuer sans relever une pluralité de fait difficile à effacer et à contenir.

7 - Des caractéristiques démonstratives

Le droit de la fonction publique a des spécificités : l'étude de ces dernières, comme l'émancipation au droit commun du travail ou encore l'unité recherchée, permettent d'appréhender au mieux ce droit. Ces caractéristiques sont de véritables choix et orientations, mais elles souffrent de nombreux tempéraments. Le particularisme du droit de la fonction publique, se caractérisant par une soumission de l'agent à des règles spéciales, subit certaines atténuations. Ces dernières peuvent s'expliquer simplement puisqu'à la lecture de l'histoire précédemment étudiée, le constat a été dressé d'un droit de la fonction publique qui s'est écarté du droit civil ; cependant, les concordances et les échanges entre les deux droits ont toujours existé. Il est donc cohérent que la démarcation ne soit pas rigide et que des tempéraments puissent être soulevés. Les caractéristiques, et principalement leurs atténuations, mettent encore une fois en avant le dialogue constant entre le droit de la fonction publique et le droit du travail. L'adhésion à un système de carrière est également un exemple probant. Après son étude, l'orientation choisie paraît revêtir des frontières floues et friables. Le système de carrière ou le système d'emploi sont des idéaltypes, des tendances manifestes, mais le choix de l'un ne peut exclure l'autre. Le droit comparé et l'étude des tendances des autres pays peuvent apporter une contribution intéressante. Les États-Unis ou le Canada optent majoritairement pour le système d'emploi, l'Italie se rapproche également de ce système depuis les années 1990¹⁴². Néanmoins leur adhésion à un système d'emploi n'évince pas le système de carrière qui, même s'il ne prédomine pas, existe aussi.

¹⁴² AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p 15

L'installation durable du contrat dans la fonction publique pose bien des questionnements quant à l'entrée d'une logique d'emploi privé et une adhésion à un système d'emploi *a priori* contraire aux caractéristiques du droit de la fonction publique. Néanmoins, le contrat et son installation n'apparaissent pas comme des changements déconcertants, il ne s'agit pas d'un véritable bouleversement. Le système d'emploi n'est pas introduit ou même réintroduit dans la fonction publique avec la pérennisation du contrat puisqu'il n'a jamais quitté cette dernière. Il s'agirait peut-être simplement d'un changement de faveur au profit du système d'emploi, ou d'un rééquilibrage entre les deux modèles, consacrant ainsi leur coexistence et amplifiant une certaine ambivalence.

L'unité de la fonction publique est également une caractéristique importante. À travers la volonté unificatrice exprimée et les diverses méthodes comme la parité ou encore la mobilité, certains enseignements peuvent être retirés. Le premier élément mis en avant est, étonnamment, le manque d'unité. La parité vise à rétablir une égalité de rémunération entre la fonction publique d'État et la fonction publique territoriale par exemple. La mobilité permet d'aménager le dialogue et les liens entre les trois fonctions publiques. Néanmoins, ces correcteurs et les différents tempéraments apportés à cette unité souhaitée mettent en avant la difficulté de contenir les trois fonctions publiques et de les rassembler. L'histoire démontre bien la volonté unificatrice du statut général de la fonction publique, qui permet une grande avancée dans ce domaine ; toutefois l'objectif n'est pas atteint totalement et les distinctions persistent. Ces distinctions démontrent également qu'il est important d'appréhender parfois distinctement les trois fonctions publiques, dont les motivations ou encore les procédés seront propres à chacune d'elle. Le contrat et son utilisation peuvent trouver des raisons diverses dans les trois fonctions publiques.

L'identification des racines du recrutement et des caractéristiques de la fonction publique a permis de distinguer le recrutement statutaire comme principe en droit de la fonction publique. Il convient désormais de présenter le statut afin de comprendre l'organisation de la fonction publique, plus précisément en matière de recrutement.

2§ – Le recrutement statutaire en droit de la fonction publique

Les conditions du recrutement statutaire à travers la lecture des principaux textes (A), comme la mise en œuvre et les effets du recrutement de principe (B) permettent d’appréhender les forces et les faiblesses d’un mode privilégié mais parfois également contesté. L’étude permettra de comprendre l’attractivité contractuelle à travers les difficultés du recrutement statutaire.

A – Le statut et les dispositions relatives au recrutement

L’approche statutaire en droit de la fonction publique se caractérise par une grande diversité malgré les efforts d’harmonisation effectués, principalement depuis les années 1980. Des règles communes aux trois fonctions publiques encadrent le recrutement statutaire (1) ; néanmoins la présence résiduelle d’une fonction publique dispersée se retrouve dans les spécificités des recrutements propres aux statuts particuliers, spéciaux et autonomes (2).

1 – Le recrutement statutaire dans les trois versants de la fonction publique

8 – « Le fonctionnaire est, vis-à-vis de l’administration dans une situation statutaire et réglementaire »¹⁴³.

La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dite *loi Le Pors* est le socle commun aux trois fonctions publiques. Elle se découpe en quatre chapitres, le premier concernant les dispositions générales, le second les garanties, le troisième la carrière et enfin le dernier porte sur les obligations des fonctionnaires. La loi constitue un cadre général et protecteur, et le recrutement est principalement abordé sous l’angle de la garantie. L’article 6 dispose ainsi « *qu’aucune mesure concernant notamment le recrutement ne peut être prise à l’égard d’un fonctionnaire en prenant en considération (1°) le fait qu’il a subi ou refusé de subir des agissements contraires aux principes énoncés* »¹⁴⁴. Le recrutement est aussi évoqué dans le chapitre III relatif à la carrière, l’article 13 prévoit ainsi que le recrutement et la gestion des corps et cadres d’emplois de fonctionnaires peuvent être, selon le cas, déconcentrés ou décentralisés, et l’article 13 bis mentionne le recrutement concernant la voie du détachement.

¹⁴³ Loi n°83-634 du 13 Juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* : 14 juillet 1983, p 2174, article 4.

¹⁴⁴ *Ibid.*, article 6 ter A: « *Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l’évaluation, la notation, la discipline, la promotion, l’affectation et la mutation ne peut être prise à l’égard d’un fonctionnaire pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, aux autorités judiciaires ou administratives de faits constitutifs d’un délit, d’un crime ou susceptibles d’être qualifiés de conflit d’intérêts au sens du I de l’article 25 bis dont il aurait eu connaissance dans l’exercice de ses fonctions. Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit* ».

Les modalités relatives au recrutement seront donc précisées par la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relative à la fonction publique d'État, la loi du 26 janvier 1984 pour la fonction publique territoriale et la loi du 9 janvier 1986 pour la fonction publique hospitalière. Pourtant, certaines mentions dans la loi peuvent retenir notre attention. La loi du 13 Juillet 1983 dispose en son chapitre 1, article 4, que le fonctionnaire est placé dans une situation statutaire et réglementaire.

Le fonctionnaire est un « *agent d'une collectivité publique dont la situation dans la fonction publique est caractérisée par la permanence de l'emploi dans lequel il a été nommé et par sa titularisation dans un grade de la hiérarchie* »¹⁴⁵. Si la définition de Gérard Cornu comporte les éléments caractérisant le fonctionnaire, comme la permanence, la titularisation ou encore le grade¹⁴⁶, la notion a toujours été très difficile à définir. La loi du 13 juillet 1983 n'explicite pas la notion de fonctionnaire, mais les trois statuts des fonctions publiques lui donnent un cadre plus soutenu. Le fonctionnaire se trouve dans une situation « *statutaire et réglementaire* »¹⁴⁷. La situation de l'agent public résulte de règles générales ; elle est organisée par un statut fixé par la loi ou le règlement. Les effets découlant du caractère statutaire sont divers. Si la situation est régie par le statut, *a contrario* elle ne peut résulter d'un contrat passé entre l'administration et l'agent. La nomination du fonctionnaire est donc un acte unilatéral de l'administration et non un accord contractuel. Le caractère statutaire conduit à une situation identique pour tous les agents, qui ne peuvent ainsi « négocier » le statut, et ne permet donc pas aux fonctionnaires d'invoquer des droits acquis au maintien de leur situation, ces derniers évoluant avec le statut. Enfin, l'agent ne peut renoncer à aucun élément de son statut.

L'énonciation de l'article 4 de la loi du 13 juillet 1983 illustre ainsi divers éléments déterminants. Tout d'abord, le caractère statutaire et réglementaire exclut le contrat comme mode de recrutement dans la fonction publique. Les effets de la situation statutaire démontrent parfaitement l'opposition avec la situation contractuelle ; il n'est aucunement question de négocier ou revendiquer, il n'y a pas de place pour l'individualisation, mais l'approche est collective et objective, privilégiant des principes tels que l'égalité entre les agents au service de l'État. A défaut de définition concrète du fonctionnaire, l'article 5

¹⁴⁵ CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, op. cit. p 415

¹⁴⁶ Loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors, *JORF* : 14 juillet 1983, p 2174, article 12 : donne une définition du grade : « *Le grade est distinct de l'emploi. Le grade est le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent* ».

¹⁴⁷ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique*, op. cit. p 52-54

mentionne les conditions d'accès aux emplois publics¹⁴⁸. La loi *Le Pors* énonce certes les fondements régissant la fonction publique et les conditions d'accès dans l'emploi public ; mais pour étudier le recrutement et ses modalités, doivent être abordés les statuts des trois fonctions publiques.

9 – Le recrutement statutaire dans les trois fonctions publiques

Les trois statuts comblent un manque découlant du statut général du 13 juillet 1983 en définissant plus clairement la notion de fonctionnaire. L'article 2 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'État, l'article 2 de la loi du 26 janvier 1984 pour la fonction publique territoriale et l'article 2 de la loi du 9 janvier 1986 pour la fonction publique hospitalière, donnent chacun une définition similaire du fonctionnaire. L'article 2 de la loi du 11 janvier 1984 dispose que : Les fonctionnaires sont « *les personnes qui ont été nommées dans un emploi permanent à temps complet et titularisées dans un grade de la hiérarchie des administrations centrales de l'État, des services déconcentrés ou dépendant des établissements publics de l'État* ». On retrouve ainsi dans cette définition les éléments caractérisant le fonctionnaire comme la nomination, la permanence en découlant, la titularisation et la participation à un service public. Si les définitions des trois lois sont sensiblement les mêmes, un point distingue la fonction publique d'État des fonctions publiques territoriale et hospitalière. En effet, la loi du 11 janvier 1984 traite d'un « *emploi permanent à temps plein* » alors que cela n'est pas énoncé dans la loi du 26 janvier 1984, et que la loi du 9 janvier 1986 distingue clairement « *l'emploi permanent* » et « *l'emploi à temps non complet dont la quotité de travail est au moins égale au mi-temps* ». Ainsi, la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière semblent admettre explicitement qu'un fonctionnaire puisse être à temps incomplet, contrairement à la fonction publique d'État qui semble évacuer cette hypothèse.

Si la notion de fonctionnaire est éclairée par les trois lois, le recrutement est également abordé bien plus clairement. Chacune des lois dans leur troisième chapitre consacre une partie relative à l'accès à la fonction publique ou au recrutement. Des dispositions similaires sont présentées par les trois lois. Après les conditions de nationalité ou encore d'aptitudes physiques énumérées à l'article 5 du titre I de la loi du 13 juillet 1983, les procédés de

¹⁴⁸ Loi n°83-634 du 13 Juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* : 14 juillet 1983, p 2174, article 5 : « *Nul ne peut être fonctionnaire s'il ne possède pas la nationalité française, s'il ne jouit pas de ses droits civiques, le cas échéant, si les mentions portées au bulletin n° 2 de son casier judiciaire sont incompatibles avec l'exercice des fonctions, s'il ne se trouve en position régulière au regard du code du service national et enfin s'il ne remplit les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction compte tenu des possibilités de compensation du handicap* ».

recrutement sont explicités dans les titres II, III et IV. L'article 19 de la loi du 11 janvier 1984, ainsi que les articles 36 de la loi du 26 janvier 1984 et 29 de la loi du 9 janvier 1986 disposent que : « *les fonctionnaires sont recrutés par voie de concours* ». Les trois articles sont très semblables et présentent les trois concours permettant le recrutement de l'agent. Le premier concours est ouvert « *aux candidats justifiant de certains diplômes ou de l'accomplissement de certaines études* ». Il s'agit d'un concours dit « externe », où pourront candidater des personnes, *a priori* étrangères à la fonction publique, ayant un diplôme ou une « *expérience professionnelle conduisant à une qualification équivalente à celle sanctionnée par le diplôme requis* ». La seconde voie, dite « interne »¹⁴⁹, concerne les fonctionnaires déjà en activité pouvant justifier d'une certaine durée de service. Et enfin, une troisième voie¹⁵⁰ prend en considération l'expérience hors fonction publique puisque « *la durée des activités ou mandats* » nécessaire pour candidater « *ne peut être prise en compte que si les intéressés n'avaient pas, lorsqu'ils les exerçaient, la qualité de fonctionnaire* ». Le principe est donc clairement énoncé : le recrutement s'effectue par voie de concours dans la fonction publique.

Toutefois, certaines exceptions au concours peuvent être relevées dans les statuts. Des dispositions communes aux trois fonctions publiques peuvent être soulignées. Par exemple, l'article 22 pour la fonction publique d'État, l'article 38 pour la fonction publique territoriale et l'article 32 pour la fonction publique hospitalière prévoient des dérogations au concours « *en application de la législation sur les emplois réservés, lors de la constitution initiale d'un corps, pour le recrutement des fonctionnaires de catégorie C, pour l'accès au premier grade des corps, lorsque leur statut particulier le prévoit. En cas d'intégration totale ou partielle des fonctionnaires d'un corps dans un autre corps classé dans la même catégorie* ». Les trois fonctions publiques énoncent également la possibilité d'un recrutement sans concours pour les « *jeunes gens de seize à vingt-cinq ans révolus qui sont sortis du système éducatif sans diplôme ou sans qualification professionnelle reconnue* ». Ces derniers pourront être recrutés par contrat dans des emplois du niveau de la catégorie C.

¹⁴⁹ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, *JORF* : 12 janvier 1984, article 19 : la seconde voie concerne les fonctionnaires « *en activité, en détachement, en congé parental ou accomplissant le service national, ainsi que les candidats en fonction dans une organisation internationale intergouvernementale. Les candidats à ces concours devront avoir accompli une certaine durée de services publics et, le cas échéant, reçu une certaine formation* ».

¹⁵⁰ *Ibid.*, article 19 : « *l'accès à certains corps et dans les conditions fixées par leur statut particulier, aux candidats justifiant de l'exercice pendant une durée déterminée d'une ou plusieurs activités professionnelles, d'un ou de plusieurs mandats de membre d'une assemblée élue d'une collectivité territoriale ou d'une ou de plusieurs activités en qualité de responsable, y compris bénévole, d'une association* ».

La durée du contrat ne peut être inférieure à douze mois et ne peut être supérieure à deux ans¹⁵¹. L'avantage prédominant pour le candidat réside dans la possibilité, au terme du contrat, et après obtention du titre ou du diplôme requis pour l'accès au corps dont relève l'emploi dans lequel il a été recruté et sous réserve de la vérification de son aptitude par une commission nommée à cet effet, d'être titularisé dans le corps correspondant à l'emploi qu'il occupait. Enfin, la fonction publique d'État et la fonction publique hospitalière mentionnent toutes deux, dans les articles 24 et 33 de leurs statuts respectifs, la possibilité de déroger au concours lorsque « *les statuts particuliers de certains corps figurant sur une liste établie par décret en Conseil d'État* » l'autorisent, et de permettre « *un accès direct de fonctionnaires de la catégorie A, ou de fonctionnaires internationaux en fonction dans une organisation internationale intergouvernementale chargés de fonctions équivalentes à celles qui sont confiées aux fonctionnaires de catégorie A, à la hiérarchie desdits corps* ».

Des dispositions particulières sont aussi énoncées par les trois fonctions publiques lorsque ces dernières souhaitent évincer la voie du concours. L'article 25 de la loi du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique d'État écarte le concours et prévoit pour certains emplois supérieurs une nomination « *laissée à la décision du gouvernement* ». La fonction publique territoriale, quant à elle, énonce des dispositions spécifiques dans son article 47 permettant ainsi un accès direct vers la fonction publique, « *dans les conditions de diplômes ou de capacités fixées par décret en Conseil d'État* » pour les emplois de Directeur général des services ou de Directeur adjoint par exemple¹⁵².

Si le concours est le mode de recrutement de principe, les exceptions présentées témoignent d'une diversité du recrutement dans la fonction publique. L'accès direct dans la fonction publique, les aménagements spécifiques pour les jeunes sans diplômes sont des exemples probants de dérogations au concours ; néanmoins, ces exceptions sont relativement récentes. L'effort de diversification¹⁵³, accentué depuis quelques années, se poursuit comme en témoignent les différents rapports, du Conseil d'État en 2003 notamment qui préconisait

¹⁵¹ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, *JORF* : 12 janvier 1984, article 22 bis : « *Toutefois, ces contrats peuvent être renouvelés, dans la limite d'un an, lorsque le bénéficiaire du contrat n'a pas pu obtenir la qualification ou, le cas échéant, le titre ou le diplôme prévu au contrat, à la suite d'un échec aux épreuves d'évaluation de la formation suivie ou en cas de défaillance de l'organisme de formation* ».

¹⁵² Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, *JORF* : 27 janvier 1984, article 47 : « *Directeur général des services, directeur général adjoint des services des départements et des régions, Directeur général des services et directeur général des services techniques des communes de plus de 80000 habitants et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 80 000 habitants, ou encore Directeur général adjoint des services des communes de plus de 150000 habitants et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 150 000 habitants* ».

¹⁵³ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique*, op. cit. p 184

d'associer au recrutement des modes différenciés du concours permettant une meilleure prise en compte de la variété des situations ou encore de l'expérience professionnelle.

2- Le recrutement statutaire dans les statuts particuliers, spéciaux et autonomes

10 – Les statuts particuliers, spéciaux et autonomes

Le travail d'harmonisation des statuts entrepris dans les années 1980 se retrouve dans le recrutement puisque les dispositions sont relativement similaires dans les trois fonctions publiques. Pourtant, de nombreux statuts dérogent au statut général de la fonction publique : on retrouve des statuts particuliers, des statuts spéciaux et des statuts autonomes.

Concernant les statuts particuliers dérogatoires deux exemples peuvent être étudiés: l'École Nationale d'Administration et les dispositions statutaires relatives aux enseignants-chercheurs. Le décret du 10 janvier 2002 relatif aux conditions d'accès et aux régimes de formation de l'École Nationale d'Administration¹⁵⁴ présente dans son titre premier le concours comme mode de recrutement. Le décret reprend les conditions énoncées dans le statut général de la fonction publique et les précise quant à l'accès à l'ENA. Le statut général dispose que le concours externe s'adresse aux candidats pouvant justifier de diplômes ou qualifications; l'article 9 du décret précise que « *le concours externe est ouvert aux candidats titulaires d'un diplôme national sanctionnant au moins trois années d'études supérieures ou d'un autre titre ou diplôme* », ou d'une qualification équivalente. Le concours interne impose un accomplissement par le candidat d'une certaine durée de service public, qui est de quatre ans au moins selon l'article 15 du décret. Concernant le troisième concours, voie reconnaissant l'expérience professionnelle acquise, l'article 19 du décret du 10 janvier 2002 dispose que le concours « *est ouvert aux candidats justifiant au 31 décembre de l'année du concours de l'exercice, durant au moins huit ans au total, d'un ou plusieurs des mandats ou d'une ou plusieurs des activités* », comme une activité professionnelle significative, en qualité de responsable ou bénévole d'une association par exemple. L'intégration d'un troisième concours causa toutefois diverses polémiques. Enfin, l'accès à l'ENA trouve sa particularité, comme beaucoup de statuts dérogatoires, dans la formation des élèves issus des trois concours. L'article 45 dispose ainsi que: « *La scolarité à l'École nationale d'administration a pour objectif de former les élèves aux techniques administratives et aux méthodes de*

¹⁵⁴ Décret n° 2002-50 du 10 janvier 2002 relatif aux conditions d'accès et aux régimes de formation à l'École nationale d'administration, *JORF* : 12 janvier 2002, n° 10, p 714

management ». La formation « *dure vingt-quatre mois* » et alterne études et stages. Le recrutement des hauts fonctionnaires ne déroge donc pas au principe de la fonction publique.

Le recrutement des enseignants-chercheurs semble, quant à lui, revêtir quelques particularités. Le décret du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences¹⁵⁵ précise, concernant le recrutement des maîtres de conférences par exemple, en son article 22 que ces derniers « *sont recrutés par concours ouverts par établissement en vue de pourvoir un ou plusieurs emplois d'une même discipline parmi les candidats inscrits sur une liste de qualification aux fonctions de maître de conférences établie par le Conseil national des universités* ». Les candidats doivent ainsi obtenir une qualification du Conseil national des universités afin de pouvoir concourir. Une autre spécificité peut également être soulignée puisque quatre concours sont prévus par le décret : l'article 26 dispose que « *Le recrutement des maîtres de conférences est assuré par un premier concours et, dans la limite du tiers des emplois mis aux concours dans l'ensemble des disciplines, par un deuxième, un troisième et un quatrième concours* ». Le concours externe est ouvert aux candidats titulaires d'un doctorat ou d'une habilitation à diriger des recherches, sauf quelques exceptions prévues. Le concours interne s'adresse aux « *personnels enseignants titulaires de l'enseignement du second degré exerçant leurs fonctions en cette qualité dans un établissement d'enseignement supérieur depuis au moins trois ans* » et aux « *pensionnaires des écoles françaises à l'étranger et anciens pensionnaires de ces écoles ayant terminé leur scolarité depuis moins de deux ans au 1^{er} janvier de l'année du concours, comptant, à cette même date, au moins trois ans d'ancienneté* ». Le troisième concours concerne les candidats de l'une des deux catégories : ceux comptant au moins quatre années d'activité professionnelle dans les sept ans qui précèdent, et les enseignants associés à temps plein en fonction au 1^{er} janvier de l'année du concours ou ayant cessé d'exercer leurs fonctions depuis moins d'un an. Le quatrième concours prévu par ce décret vise les « *personnels enseignants titulaires de l'École nationale supérieure d'arts et métiers exerçant leurs fonctions en cette qualité dans un établissement d'enseignement supérieur depuis au moins trois ans au 1^{er} janvier de l'année du concours* ». Le recrutement des maîtres de conférences revêt un certain particularisme ; néanmoins, il est constaté après son étude que le mode de recrutement ne

¹⁵⁵ Décret n°84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences, *JORF* : 8 juin 1984, p 1784

déroge pas au statut général de la fonction publique, puisque le concours demeure la voie privilégiée.

Concernant les statuts spéciaux, deux exemples seront également étudiés : les corps de commandement de la police nationale et des personnels de surveillance de l'administration pénitentiaire. Le décret du 29 juin 2005 portant statut particulier du corps de commandement de la police nationale¹⁵⁶ démontre qu'il n'y a pas de grandes innovations, sachant que seuls deux concours sont prévus pour l'accès au commandement de la police nationale¹⁵⁷. Un concours externe est prévu et ouvert aux candidats « *titulaires d'une licence ou d'un diplôme ou titre équivalent* ». Le concours interne s'adresse aux « *fonctionnaires affectés dans un service placé sous l'autorité du ministre chargé de l'intérieur* » comptant « *au moins quatre années de services effectifs dans un tel service à compter de leur titularisation* » et aux fonctionnaires actifs de la police nationale qui se trouvent à plus de onze ans de la limite d'âge du corps. Le décret prévoit toutefois une répartition bien précise des emplois à pourvoir : 50% des emplois à pourvoir par la voie externe et 20% pour le concours interne. Les lieutenants de police occupent 25 % des emplois à pourvoir et sont « *sélectionnés par la voie d'accès professionnelle parmi les fonctionnaires du corps d'encadrement et d'application de la police nationale qui comptent au moins deux années d'ancienneté cumulée dans un ou plusieurs grades d'avancement de ce corps et sont âgés au plus de cinquante ans au 31 décembre de l'année de leur recrutement* ». Et enfin, les 5% restant concernent les lieutenants de police nommés au choix par voix d'inscription sur une liste d'aptitude et parmi les brigadiers-majors de police âgés de cinquante ans au plus, justifiant de vingt ans au moins de services effectifs dans le corps d'encadrement et d'application, dont deux ans au moins en qualité de brigadier-major de police. Il n'y a donc pas de grandes spécificités en termes de recrutement : seules deux voix d'accès sont prévues et une répartition rigoureuse des emplois à pourvoir est à respecter. Concernant les corps du personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire, le décret du 14 avril 2006¹⁵⁸ possède un chapitre consacré au recrutement plutôt succinct puisque l'article 4 dispose que seul un concours externe est ouvert aux candidats « *titulaires du brevet des collèges ou d'un diplôme ou titre enregistré et classé au moins au niveau V dans le répertoire national des certifications professionnelles* ». Les candidats doivent de plus être âgés de dix-neuf ans au

¹⁵⁶ Décret n°2005-716 du 29 juin 2005 portant statut particulier du corps de commandement de la police nationale, *JORF* : 30 juin 2005, n° 151

¹⁵⁷ *Ibid.*, article 6 : « *Les lieutenants de police sont recrutés par deux concours distincts, par la voie d'accès professionnelle ou par promotion au choix* ».

¹⁵⁸ Décret n°2006-441 du 14 avril 2006 portant statut particulier des corps du personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire, *JORF* : 15 avril 2006, n° 90

moins ou de quarante-deux ans au plus. Comme pour le corps de commandement de la police nationale, les candidats suivent ensuite une formation rémunérée dans l'école nationale d'administration pénitentiaire.

Les statuts particuliers et spéciaux ne possèdent que de maigres particularités en termes de recrutement, où la voie du concours est toujours reine malgré quelques adaptations. L'étude se poursuit avec les statuts autonomes.

Deux autres exemples semblent bien représenter la catégorie des statuts autonomes : le statut des magistrats judiciaires et le statut des militaires. L'ordonnance du 22 décembre 1958 régit les dispositions statutaires relatives à la magistrature¹⁵⁹. Le premier procédé de recrutement concerne celui d'auditeur de justice à l'École Nationale de la Magistrature. Il y a deux accès possibles, par concours ou sur titres¹⁶⁰. L'article 16 énonce les conditions afin de concourir : il faut être titulaire d'un diplôme sanctionnant quatre années d'études, être de nationalité française, jouir de ses droits civiques et être de bonne moralité, se trouver en situation régulière au regard du code de service national et enfin remplir des conditions d'aptitude physique. Pour le recrutement sur concours, il y a trois voies ouvertes. Un concours externe réservé aux candidats remplissant les conditions de l'article 16, un concours interne ouvert aux fonctionnaires justifiant de quatre années de service, et un troisième concours réservé aux personnes qui justifient « *durant huit années au total, d'une ou plusieurs activités professionnelles, d'un ou plusieurs mandats* ». Le deuxième mode de recrutement en qualité d'auditeur de justice permet à certaines personnes d'accéder directement à l'ENM.

L'article 18 dispose ainsi que ce recrutement est ouvert aux personnes possédant un master (anciennement maîtrise) en droit et justifiant de quatre années d'activités dans le domaine juridique, économique ou social, ainsi que « *les docteurs en droit qui possèdent, outre les diplômes requis pour le doctorat, un autre diplôme d'études supérieures* » par exemple¹⁶¹. Un deuxième recrutement concerne les magistrats du second et du premier grade de la hiérarchie judiciaire et conduit à une intégration directe dans le corps ou à une intégration à titre temporaire. L'article 21-1 énonce ainsi que deux concours sont ouverts, pour le premier et le second grade de la hiérarchie judiciaire. Les candidats aux fonctions du second grade doivent,

¹⁵⁹ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF* : 23 décembre 1958, p 11551

¹⁶⁰ *Ibid.*, article 15 : « *Les auditeurs de justice sont recrutés : par voie de concours dans les conditions fixées à l'article 17 ; Sur titres* ».

¹⁶¹ *Ibid.*, article 18 : « *Ainsi que les personnes ayant exercé des fonctions d'enseignement ou de recherche en droit dans un établissement public d'enseignement supérieur pendant trois ans après l'obtention de la maîtrise en droit et possédant un diplôme d'études supérieures dans une discipline juridique* »

en plus des conditions présentées dans l'article 16, être âgés de trente-cinq ans et « *justifier d'au moins dix ans d'activité professionnelle dans le domaine juridique, administratif, économique ou social, les qualifiant particulièrement pour exercer des fonctions judiciaires* ». Les candidats aux fonctions du premier grade doivent quant à eux être âgés de cinquante ans au moins et justifier d'au moins quinze ans d'activité professionnelle dans les domaines juridique, économique ou social. Ce recrutement dit « latéral » vise certaines professions notamment les professeurs de droit ou encore les avocats¹⁶².

Si l'accès à la profession de magistrat judiciaire semble complexe, des « passerelles » sont prévues pour accéder à l'ENM sans concours, et des recrutements sont organisés pour accéder au corps sans entrer dans l'école (seulement une formation probatoire et un stage sont organisés). Les exceptions continuent puisqu'un accès direct dans le corps judiciaire est également prévu par l'article 22 de l'ordonnance concernant, par exemple, « *les personnes remplissant les conditions prévues à l'article 16 et justifiant de sept années au moins d'exercice professionnel les qualifiant particulièrement pour exercer des fonctions judiciaires* »¹⁶³. L'article 23 traite également d'un accès direct au corps judiciaire pour les personnes remplissant les conditions de l'article 16 et justifiant de dix-sept années d'activité professionnelle, et pour les greffiers en chef des cours et tribunaux et des conseils de prud'hommes remplissant les conditions de grade et d'emploi définies par décret en Conseil d'État et justifiant d'une expérience et de compétences significatives. Le statut autonome de la magistrature judiciaire reprend ainsi le principe du concours énoncé dans le statut général mais déroge à ce dernier en ouvrant des recrutements directs.

Concernant le statut autonome des militaires les modalités de recrutement sont complexes et éparées. Le recrutement s'effectue par concours, par recrutement sur titre et par contrat. L'aspect contractuel étant étudié ultérieurement, seules seront actuellement examinées les modalités relatives au concours. S'agissant, par exemple, du décret du 12 septembre 2008 portant statut particulier des corps des officiers de l'air, des officiers mécaniciens de l'air et

¹⁶² AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.* p 512

¹⁶³ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF* : 23 décembre 1958, p 11551, article 22 : « *Peuvent être nommés directement aux fonctions du second grade de la hiérarchie judiciaire, à condition d'être âgés de trente-cinq ans au moins : Les personnes remplissant les conditions prévues à l'article 16 et justifiant de sept années au moins d'exercice professionnel les qualifiant particulièrement pour exercer des fonctions judiciaires ; Les greffiers en chef des cours et tribunaux et des conseils de prud'hommes justifiant de sept années de services effectifs dans leur corps ; Les fonctionnaires de catégorie A du ministère de la justice ne remplissant pas les conditions prévues au 1° de l'article 16 et justifiant de sept années de services effectifs au moins en cette qualité* ».

des officiers des bases de l'air.¹⁶⁴ Les officiers de l'air sont recrutés par concours afin d'accéder aux écoles militaires d'élèves d'officiers de carrière¹⁶⁵. Mais l'article dispose également que l'on peut accéder à l'école par concours sur titre sur proposition d'une commission. Comme cela est présenté dans cet exemple, certains corps ne sont accessibles qu'après un apprentissage dans une école militaire, comme l'École polytechnique, l'École navale ou encore l'École militaire de Saint-Cyr-Coëtquidan. Les modalités du recrutement dans le corps militaire se distinguent du statut général par leur diversité et leur organisation particulière.

Suite à cette étude, il est relevé que les statuts particuliers, spéciaux et autonomes ne dérogent pas véritablement au statut général, mais ils revêtent toutefois certaines particularités. Les différents statuts reprennent les dispositions du statut général et les adaptent. Le statut relatif aux enseignants-chercheurs prévoit dans son recrutement des maîtres de conférences un quatrième concours, le statut particulier du corps des personnels de surveillance de l'administration pénitentiaire ne prévoit le concernant qu'un seul concours. Si le concours demeure la voie privilégiée, l'étude de ces recrutements démontre, surtout concernant les statuts autonomes, une certaine diversité. Il existe des recrutements sur titres dans le corps militaire, mais également des recrutements directs dans le corps des magistrats judiciaires. Si certains ont dénoncé une trop grande diversité due à une juxtaposition de statuts dans le travail d'harmonisation entrepris dans les années 1980, l'étude du recrutement, y compris dans les statuts dérogeant au cadre général, peut apporter un contre-argument solide. Les statuts particuliers, spéciaux et autonomes reprennent les principes en termes de recrutement énoncés dans le statut général, bien que subsistent quelques différenciations.

Les conditions du recrutement statutaire énoncées dans le statut général, dans les textes relatifs aux trois fonctions publiques et dans les statuts dérogeant au cadre général démontrent, malgré l'apparence éparse des textes, continuité et homogénéité. L'étude des modalités et des effets de recrutement, à travers les différents mécanismes tels que le concours et la nomination, est désormais essentielle afin de comprendre en quoi le recrutement statutaire est le mécanisme *a priori* privilégié face au recrutement contractuel.

¹⁶⁴ Décret n° 2008-943 du 12 septembre 2008 portant statut particulier des corps des officiers de l'air, des officiers mécaniciens de l'air et des officiers des bases de l'air, *JORF* : 16 septembre 2008, n° 0216

¹⁶⁵ *Ibid.*, article 4 : l'admission à l'école est conditionnée « Par un ou plusieurs concours sur épreuves ouverts aux candidats titulaires d'un diplôme de fin de second cycle de l'enseignement secondaire général, technologique ou professionnel », « Par un ou plusieurs concours sur épreuves ouverts aux candidats titulaires d'une licence de l'enseignement supérieur général ou technologique ou titre reconnu équivalent ou d'un autre titre ou diplôme classé au moins au niveau II et âgés de vingt-deux ans au plus ».

B - Les modalités et les effets du recrutement

Le concours apparaît comme un corollaire du recrutement statutaire (1). Permettant une sélection au mérite et égalitaire, et malgré une diversité des recrutements et des candidats grâce aux trois concours mis en œuvre, il n'est toutefois pas exempt de critiques et de demandes d'amélioration (2). On parle désormais d'une certaine crise du concours, justifiant partiellement le recours au contrat.

1 - Les modalités du recrutement : le concours comme mode privilégié

11 – Mécanismes de recrutement et diversité

Comme cela a pu être constaté précédemment, l'accès à la fonction publique se distingue par une certaine diversité. Tout au long de l'histoire, le recrutement et ses mécanismes n'ont cessé d'évoluer, du critère héréditaire ou de la vénalité des offices, l'accès à la fonction publique se construit désormais autour du principe d'égalité et d'impartialité. Pour ce faire, le concours semble le meilleur procédé afin d'évaluer les aptitudes du candidat de façon impartiale et égalitaire. Cette question du recrutement trouve bien entendu d'autres réponses dans certains pays, les anglo-saxons préférant, quant à eux, l'élection comme procédé. D'autres préconisent la cooptation, c'est-à-dire la désignation par les pairs, un recrutement effectué par les membres du corps administratif auquel le candidat veut accéder¹⁶⁶. Le concours pouvant parfois même se rapprocher de la cooptation, lorsque le jury du concours n'est composé que de membres du corps administratif dans lequel le recrutement a lieu. Néanmoins, malgré les vertus du concours autrefois louées, désormais le procédé doit faire face à certaines critiques liées à une évolution de la fonction publique et à de nouvelles problématiques. Afin de comprendre les raisons du recrutement contractuel dans la fonction publique, seront étudiés les procédés tels que le concours et la nomination ainsi que leurs effets, pour en entrevoir les forces et les faiblesses, justifiant peut-être le recours à un mécanisme contractuel.

12 – Les modalités du concours

Dans le statut général, trois concours sont prévus avec des modalités très semblables¹⁶⁷. Tout d'abord l'ouverture du concours est décidée par l'autorité administrative lorsque cela est utile. Néanmoins, la vacance d'emplois¹⁶⁸ ou une périodicité quelconque n'impose pas à l'administration, sauf si les textes l'y contraignent, d'ouvrir un concours. Lorsqu'un concours

¹⁶⁶ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique*, *op. cit.* p 19-31

¹⁶⁷ *Ibid.*, p 184-199

¹⁶⁸ CE, 9 novembre 1973, *Grould*, n°82190, *Recueil Lebon* p 634

est ouvert, l'arrêté d'ouverture indiquera le nombre de places, les dates d'ouverture et de clôture des inscriptions et la date des épreuves. Cet arrêté doit bien évidemment être complet, le plus précis possible, respecter le règlement du concours et surtout être lisible par tous, donc faire l'objet d'une publication suffisante. La qualification de l'arrêté a causé de nombreuses difficultés. Considéré comme étant un acte préparatoire et non un acte réglementaire, l'arrêté était insusceptible de recours. Néanmoins, son irrégularité pouvait entacher le concours lui-même ; le Conseil d'État, décida dans un arrêt du 27 juin 2011, *Association « sauvons l'université »*¹⁶⁹, que l'arrêté d'ouverture pouvait être l'objet d'un recours contentieux par voie d'action. Une fois le concours ouvert, le candidat devra s'inscrire. Une première liste d'admis à concourir sera transmise par l'administration. Cette seule liste peut être contestée, par les admis comme par les recalés, et faire l'objet d'un recours. Le juge peut effectuer un contrôle dit « normal » visant à s'assurer que les motifs invoqués par l'administration sont justifiés. Les concours se découpent généralement en deux étapes et épreuves : l'admissibilité et l'admission. Un jury, désigné dans les conditions fixées par les textes, organisera le concours en déterminant les épreuves et en choisissant les sujets. Certains principes sont fondamentaux comme l'unicité du jury. La Cour Administrative d'Appel de Marseille le 3 juillet 2012 a précisé, dans une solution novatrice, que si le jury est souverain dans ses délibérations, le juge administratif peut tout de même annuler une délibération litigieuse pour erreur manifeste d'appréciation¹⁷⁰. Les résultats seront proclamés par le jury et généralement publiés par l'administration. La délibération ne pourra être modifiée, seulement pour des erreurs matérielles dans un délai restreint.

13 - Le concours externe

Bien que les conditions du concours externe aient déjà été présentées, un bref rappel s'avère nécessaire. Mentionné à l'article 19 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, à l'article 36 de la loi du 26 janvier 1984 pour la fonction publique territoriale, et à l'article 29 de la loi du 9 janvier 1986 pour la fonction publique hospitalière, le recrutement externe est ouvert « *aux candidats justifiant de*

¹⁶⁹ CE, 27 juin 2011, *Association « sauvons l'université »*, n°340164, *Recueil Lebon T.* p 725, 1062 ; *AJDA* : 2011, p 1353 ; *Droit adm.* : 2011, p 87, note F. Melleray ; *JCP adm.* : 2011, actu. 499

¹⁷⁰ CAA, Marseille, 3 juillet 2012, *M. A*, n° 10MA01846, *AJFP* : 2013, p 90 : « *Considérant que, dans ces conditions, le jury académique, dont la présidente a rédigé un rapport daté du 29 juillet 2009 motivant la délibération en litige, ne pouvait, sans commettre une erreur manifeste d'appréciation, accorder une part primordiale au rapport d'inspection élaboré par un de ses membres pour refuser d'admettre M. A à l'examen de qualification professionnelle à l'issue de sa deuxième année de stage ; que, par conséquent, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, M. A est fondé, d'une part, à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nîmes a rejeté sa demande d'annulation de la délibération du jury académique de Montpellier du 3 juillet 2009, d'autre part, à obtenir l'annulation de cette délibération ; ».*

certaines diplômes ou de l'accomplissement de certaines études »¹⁷¹. Cette première voie de concours vise ainsi à intégrer les personnes étrangères à la fonction publique. Les effets du concours externe sont simples : le premier effet est d'évidence l'intégration du candidat admis dans l'administration.

Néanmoins, si le concours externe ne suscite pas *a priori* de grandes réflexions, ce dernier a subi quelques changements depuis quelques années, se voyant « allégé » de quelques épreuves. Cette modification n'est pas restée dans l'ombre du regard critique de la doctrine : l'« *amaigrissement* »¹⁷² du concours externe a été l'objet de questionnements. Les nouvelles règles applicables aux attachés territoriaux déterminées par le décret n° 2009-756 du 22 juin 2009 fixant les modalités d'organisation des concours pour le recrutement des attachés territoriaux, démontrent un allègement important du nombre d'épreuves. Le concours externe en 1988 comprenait trois épreuves d'admissibilité et trois épreuves d'admission. Désormais, seules deux épreuves d'admissibilité et deux épreuves d'admission sont imposées aux candidats. Les justifications de cet allègement peuvent être diverses : notamment, un concours s'avère extrêmement coûteux et la suppression de certaines épreuves pourrait se traduire par des économies. Néanmoins, la doctrine s'interroge et y entrevoit une autre raison. Si François Priet se demande s'il ne s'agit pas d'« *une mort du (des) concours* »¹⁷³, Didier Jean-Pierre identifie le mécanisme comme étant un symptôme d'une « *professionnalisation* » du concours en marche¹⁷⁴. En effet, outre la réduction des épreuves, les changements de ces dernières amènent à constater la préférence d'une autre logique, plus gestionnaire qu'autrefois juridique. Les concours externes concernent le plus grand nombre de candidats or ces derniers possèdent bien souvent des diplômes juridiques. Ainsi la disparition du droit public des épreuves peut amener à penser qu'il s'agit de ne pas évaluer ce qui est déjà acquis manifestement. La composition portant autrefois sur le droit public, l'économie ou sur les institutions sociales, traite désormais de la place et du rôle des collectivités territoriales. Ce choix n'est pas anodin : il démontre une évidente tentative de « *professionnalisation* » du concours, puisque ces thématiques pourraient correspondre aux épreuves d'un concours interne. Concernant l'attractivité du concours externe, si depuis 2003 les recrutements ont été

¹⁷¹ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, *JORF* : 12 janvier 1984, article 19 : Le concours externe est ouvert « *aux candidats justifiant de certains diplômes ou de l'accomplissement de certaines études. Lorsqu'une condition de diplôme est requise, les candidats disposant d'une expérience professionnelle conduisant à une qualification équivalente à celle sanctionnée par le diplôme requis peuvent, lorsque la nature des fonctions le justifie, être admis à se présenter à ces concours. Un décret en Conseil d'Etat précise la durée de l'expérience professionnelle prise en compte en fonction de la nature et du niveau des diplômes requis* ».

¹⁷² PRIET (François), « Mort d'un (du) concours ? », in : *AJDA*, 2009, p 1513.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ JEAN-PIERRE (Didier), « Décret fixant les modalités d'organisation des concours pour le recrutement des attachés territoriaux », in : *La semaine juridique Administrations et collectivités territoriales*, n°29, 13 juillet 2009, act.860

orientés à la baisse, puisqu'en 2002 il y avait 48.860 recrutements externes dans la fonction publique d'État et seulement 20.202 en 2011, la baisse fulgurante semble toutefois se maintenir et on note même une progression en 2012 avec 21.896 postes offerts¹⁷⁵. Le concours externe demeure ainsi toujours extrêmement convoité.

Si le concours externe constitue toujours « un pari » puisque le risque d'erreur de recrutement est plus important que *via* les autres voies de concours, menace encore accentuée avec l'allègement des épreuves, lui qui impose le recrutement de nouvelles recrues étrangères à la fonction publique, il revêt toutefois divers avantages¹⁷⁶. Les nouveaux agents ont peu d'expérience, mais, pour les recruteurs ils seront plus facilement enclins à comprendre les nouveaux enjeux et pourront ainsi mieux s'adapter aux nouvelles méthodes et pratiques. Souvent les recruteurs préfèrent, malgré le peu d'expérience, un profil généraliste avec des connaissances diversifiées qu'ils pourront former, voire même « *formater* »¹⁷⁷.

14- Concours interne

Mentionné également dans les articles 19, 36 et 29 des trois lois de 1984 et 1986, le concours interne est « *réservé aux fonctionnaires de l'État, et, dans les conditions prévues par les statuts particuliers, aux agents de l'État, militaires et magistrats et aux fonctionnaires et agents des collectivités territoriales et des établissements publics* ». Comme indiqué très clairement dans les textes, contrairement au concours externe, la voie interne ne concerne pas les personnes étrangères à la fonction publique mais bien au contraire les fonctionnaires justifiant d'une certaine durée de service. Autrement dit, il s'agit d'une promotion interne, un mécanisme permettant aux agents de passer dans un autre corps ou une catégorie supérieure. Outre la promotion interne, cette voie a un autre effet : son but premier consiste à rétablir une certaine égalité.

En effet, conformément aux principes de la fonction publique, l'égalité se retrouve également dans le recrutement. Face aux inégalités sociales, le concours interne s'avère un moyen de rééquilibrage efficace. En effet, les concours externes ont pour condition l'obtention de certains diplômes nécessitant un niveau d'étude parfois élevé : la voie interne s'avère donc un mécanisme efficace permettant à ceux qui n'ont pu faire d'études d'accéder à des catégories

¹⁷⁵ DGAFP, rapport « point statistiques », « Les recrutements externes dans la fonction publique d'Etat et la fonction publique territoriale », 2012

¹⁷⁶ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-13

¹⁷⁷ www.larousse.fr : définition *formater* : « *former sur le même format, adapter au même format* ». Ce terme est utilisé afin de démontrer qu'au-delà de former, l'avantage de recruter une nouvelle recrue réside dans le fait que l'on peut la former en la conformant à nos besoins, nos attentes, selon un format choisi.

supérieures avec l'expérience et la formation comme équivalence. Cet effet de rééquilibrage doit être nuancé puisque le concours interne n'a plus véritablement sa fonction « d'ascenseur social ». Face à la difficulté et au nombre de postes ouverts dans certains concours, des diplômés optent pour des concours externes de catégorie inférieure à leur niveau de qualification, et une fois admis, passent ensuite les concours internes afin d'accéder à la catégorie correspondant à leur niveau d'études. Ce mouvement a un effet extrêmement décourageant pour les agents plus anciens mais moins diplômés qui échouent par la voie interne.

En plus de cet effet rééquilibrant relatif, le concours interne a un caractère obligatoire. Lorsqu'un concours externe est ouvert, un concours interne doit l'être également. Le principe du recrutement par concours ne peut être écarté que par la loi¹⁷⁸. Ainsi l'article 26 impose, même aux statuts particuliers, le concours interne et tout mécanisme permettant la promotion interne¹⁷⁹. Le Conseil d'État précisa également dans un arrêt du 6 mars 2009, *Syndicat national des ingénieurs de l'industrie et des mines*¹⁸⁰, qu'« en l'absence de dispositions législatives spéciales », la promotion interne par la voie d'un examen professionnel, prévue par les articles 4 et 8 du décret relatif aux ingénieurs de l'industrie et des mines, ne saurait être regardée comme équivalente à un concours interne.

Si le mécanisme du concours interne semble « rouillé » ou quelque peu sclérosé dans son initiative de rééquilibrage, il demeure un procédé extrêmement encouragé. Les différentes réformes entreprises depuis les années 2000 s'attachent à encourager et développer la mobilité dans la fonction publique. La promotion interne *via* le concours est ainsi concernée afin de dynamiser la mobilité des fonctionnaires. La loi relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique du 3 octobre 2009, par exemple, étend la voie interne aux ressortissants de l'Union européenne dans un objectif de modernisation des pratiques de recrutement et de gestion des ressources humaines¹⁸¹.

¹⁷⁸ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.* p 186

¹⁷⁹ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, *JORF* : 12 janvier 1984, article 26 : « En vue de favoriser la promotion interne, les statuts particuliers fixent une proportion de postes susceptibles d'être proposés au personnel appartenant déjà à l'administration ou à une organisation internationale intergouvernementale, non seulement par voie de concours », « mais aussi par la nomination de fonctionnaires ou de fonctionnaires internationaux ».

¹⁸⁰ CE, 6 mars 2009, *syndicat national des ingénieurs de l'industrie et des mines*, n°309922, *Recueil Lebon* p 93 ; *AJDA* : 2009, p 452 ; *AJFP* : 2009, p 122 ; *RDT* : 2009, p 700, concl. Y. Struillou ; *RFDA* : 2009, p 1249, concl. Y. Struillou ; *Dr. adm.* : 2009, n°73, obs. F. Melleray

¹⁸¹ Loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, *JORF* : 6 août 2009, n°0180, p 13116, article 26 : « les concours internes « sont également ouverts aux candidats qui justifient d'une durée de services accomplis dans une administration, un organisme ou un établissement d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen autres que la France dont les

Le concours interne met en œuvre une promotion pour les fonctionnaires expérimentés et formés ; il répond à divers objectifs « actuels » comme la mobilité ou encore la modernisation de la fonction publique. Toutefois, l'attractivité du concours interne semble en baisse depuis quelques années. En 2008, le nombre d'agents recrutés par voie interne dans la fonction publique d'État était de 18.175¹⁸², en 2009 le total est en baisse puisque seuls 15.422¹⁸³ agents ont été recrutés par concours interne dans la fonction publique d'État, et enfin 13.798¹⁸⁴ recrutements par voie interne en 2012. Si cette baisse peut interpeller, elle est tout de même à relativiser. Cette décroissance, bien que peu significative, est le résultat d'une volonté exprimée, depuis 2003, quant à une orientation des recrutements vers la baisse. Bien au contraire, la diminution des recrutements par concours interne n'est absolument pas la démonstration d'un affaiblissement de l'attractivité de la voie interne. Les réformes visant à « professionnaliser » les concours et encourager la voie interne ont l'effet escompté en termes de séduction. Comme l'explique notamment Didier Jean-Pierre¹⁸⁵, la modification des concours instaurée par le décret du 22 juin 2009 a augmenté le taux d'attractivité du concours interne notamment. En 2010 le concours interne d'attaché territorial pour la région Rhône-Alpes/Auvergne a consacré un lauréat pour 23.5 présents. L'allègement des épreuves est sûrement un argument incitatif, quoique des problématiques nouvelles apparaissent : « *comment peut-on sérieusement faire une sélection entre plus de 2000 candidats sur deux épreuves seulement ?* ». La voie interne révèle ainsi de nouvelles difficultés et divers questionnements, concernant la qualité du recrutement ou encore l'assurance d'un concours évaluant correctement les aptitudes et capacités des candidats.

15- Le troisième concours

Le troisième concours est mentionné de façon uniforme dans les trois fonctions publiques. Sont concernés par ce concours, « *pour certains corps* » et « *cadre d'emplois* », les « *candidats justifiant de l'exercice pendant une durée déterminée d'une ou plusieurs activités professionnelles* », ou encore certains mandats. Toutefois la prise en compte de ces activités, ne peut être effective si le candidat avait lorsqu'il exerçait « *la qualité de fonctionnaire, de magistrat, de militaire ou d'agent public* ». Il s'agit ainsi d'un mécanisme permettant

missions sont comparables à celles des administrations et des établissements publics dans lesquels les fonctionnaires civils mentionnés à l'article 2 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 exercent leurs fonctions ».

¹⁸² DGAFP, « Fonction publique, chiffres-clés », coll. fonction publique faits et chiffres, 2010

¹⁸³ DGAFP, « Fonction publique, chiffres-clés », coll. fonction publique faits et chiffres, 2011

¹⁸⁴ DGAFP, rapport annuel, « Fonction publique, chiffres-clés », coll. fonction publique faits et chiffres, 2012

¹⁸⁵ JEAN-PIERRE (Didier), « "Impression, soleil levant" sur le nouveau régime des concours d'attaché territorial », in : La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales, n° 35, 29 Août 2011, act.550

notamment l'intégration des salariés du secteur privé dans les administrations publiques, avec une originalité : l'expérience significative du candidat, en dehors de la fonction publique, est reconnue et lui permet d'être admis à concourir. Divers exemples de troisième concours peuvent être mis en avant dans la fonction publique¹⁸⁶ d'État. La loi du 2 Janvier 1990 relative à la création d'un troisième concours d'entrée à l'École nationale d'administration est la première du genre. En effet, elle prévoit un concours ouvert aux personnes ayant exercé durant huit ans au moins une ou plusieurs activités professionnelles ou bien un ou plusieurs mandats électoraux dans les conseils des collectivités territoriales. Institué en 1983 et réintroduit en 1990, c'est l'accès à l'ENA qui ouvrit « la boîte de Pandore » et laissa s'échapper la troisième voie, qui s'est généralisée par la suite. Ensuite, l'ordonnance du 25 février 1992, modifiant l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature prévoit dans son article 17 un troisième concours pour l'accès à l'ENM¹⁸⁷. Enfin, la loi Sapin du 3 Janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique prévoit une extension des concours de troisième voie à certains corps et cadres d'emplois des trois fonctions publiques.

Le troisième concours revêt une vertu première : la simplification. Bien évidemment, il s'agit d'une voie « aménagée » afin de recruter des personnes expérimentées du secteur privé. La troisième voie prend en compte l'expérience, condition pour concourir ; c'est, en outre, un concours « allégé », le concours externe comprenant plus d'épreuves. Ainsi que cela a été mentionné, les concours d'entrée aux IRA (instituts régionaux d'administration) comportent pour le concours externe deux épreuves écrites d'admissibilité et deux épreuves orales d'admission contre une épreuve écrite d'admissibilité et une épreuve orale d'admission pour la troisième voie. La simplification peut être soumise à une double lecture : elle est l'atout déterminant de l'attractivité de la troisième voie, mais elle répond aussi au processus mis en marche progressivement afin de « *professionnaliser* » les concours de la fonction publique, comme le démontre l'arrêté du 6 juin 2008 concernant les concours d'entrée aux IRA et l'allégement des épreuves amorcé. Un des avantages évidents de la troisième voie est la reprise partielle de l'ancienneté du lauréat. L'expérience dans le secteur privé, condition pour concourir, est donc justement reconnue ; toutefois, la reprise est égale à la moitié de la durée

¹⁸⁶ AUBIN (Emmanuel), *La fonction publique*, Paris : Gualino, coll. Master, 5^{ème} éd., 2012, 535 pages, n°330

¹⁸⁷ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF* : 23 décembre 1958, p 11551, article 17 : les personnes pouvant concourir au troisième concours doivent justifier « *durant huit années au total, d'une ou plusieurs activités professionnelles, d'un ou plusieurs mandats de membre d'une assemblée élue d'une collectivité territoriale ou de fonctions juridictionnelles à titre non professionnel* ».

de travail exercée dans le privé. Par exemple pour les agents territoriaux de catégorie C, le décret du 28 Octobre 2005¹⁸⁸ modifie l'article 6-1 du décret n° 87-1107 du 30 décembre 1987 et prévoit que les lauréats « *qui ont travaillé en qualité de salarié dans le secteur privé ou associatif sont classés avec une reprise d'ancienneté de travail égale à la moitié de sa durée* ». Des bonifications d'ancienneté, venant réduire la durée de service requise pour changer d'échelon ou de classe, sont également prévues pour les lauréats du troisième concours. Pour les fonctionnaires de la catégorie B, le décret du 11 novembre 2009 pour la fonction publique de l'État¹⁸⁹ en son article 16, ou encore le décret du 15 mai 2007 pour la fonction publique hospitalière¹⁹⁰ en son article 10 prévoient pour les lauréats d'un troisième concours une « *bonification d'ancienneté de deux ans, si la durée des activités mentionnées dans cette disposition est inférieure à neuf ans* » et de « *trois ans, si elle est d'au moins neuf ans* ».

Si le troisième concours revêt divers avantages fort séduisants, il est tout de même l'objet de critiques récurrentes sur de nombreux domaines. Le premier élément dénoncé est celui de la rémunération. Si la troisième voie est un accès simplifié pour le secteur privé vers la fonction publique, la rémunération est moins intéressante pour les « ex-salariés », ce qui est un élément bien dissuasif. Ce désavantage est peut-être une des causes d'une certaine baisse d'attractivité du troisième concours ces dernières années, il ne concerne en 2008 que 1.6 % des recrutements externes, contre 87.1 % pour le concours externe, et en 2011 il représente 1.3 % des recrutements externes¹⁹¹. Cette baisse, tout de même peu significative entre 2008 et 2011, peut s'expliquer de différentes façons. Tout d'abord, le recrutement en général est orienté vers la baisse. Ensuite, la troisième voie a pour vocation de simplifier l'entrée dans la fonction publique, en prenant en considération l'expérience, mais a toujours été considérée comme une « exception », une voie alternative, et même si le troisième concours a été étendu, il n'a jamais été question pour lui de concurrencer les voies dites « normales ». D'autres critiques sont adressées au troisième concours, comme son caractère académique. Depuis quelques années, le concours s'est professionnalisé. Néanmoins, le concours conserve son académisme ; de fait, certains le pensent inadapté pour les salariés du secteur privé. Pour des personnes ayant abandonné depuis des années les bancs de l'université pour entrer dans le

¹⁸⁸ Décret n° 2005-1344 du 28 octobre 2005 portant modification du décret n° 87-1107 du 30 décembre 1987 portant organisation des carrières des fonctionnaires territoriaux de catégorie C, *JORF* : 30 octobre 2005, n°254

¹⁸⁹ Décret n° 2009-1388 du 11 novembre 2009 portant dispositions statutaires communes à divers corps de fonctionnaires de la catégorie B de la fonction publique de l'Etat, *JORF* : 15 novembre 2009, n°0265

¹⁹⁰ Décret n°2007-961 du 15 mai 2007 fixant les dispositions statutaires communes applicables à certains corps de fonctionnaires de catégorie A de la fonction publique hospitalière, *JORF* : 16 mai 2007, n° 113

¹⁹¹ DGAFP, Rapport « Les recrutements externes dans la fonction publique en 2011 », statistiques et recherches sur la fonction publique, 2011

monde professionnel, se replonger dans des révisions « scolaires » s'avère un véritable frein nécessitant bien souvent une année consacrée à la préparation du concours. De plus, si l'expérience est la condition permettant de candidater, elle n'est pas suffisamment prise en compte : l'expérience permet de se présenter au concours, toutefois cette dernière n'est pas étudiée de façon approfondie, à travers un *curriculum vitae* par exemple justifiant l'aptitude du candidat pour occuper un poste.

2- Les effets du recrutement : une approche statutaire contestée

16 – La nomination

On ne peut aborder les effets du recrutement sans traiter de la nomination. La nomination est : « *L'opération par laquelle un seul investit une personne d'une fonction* »¹⁹². Concernant les fonctionnaires, il est « *l'acte qui conditionne la collation de la qualité de fonctionnaire* »¹⁹³. La nomination a la nature d'un acte administratif unilatéral soumis au refus d'accepter du nommé comme condition résolutoire¹⁹⁴. Comme expliqué dans la définition même de la nomination, il s'agit d'une particularité du droit de la fonction publique qui a opté pour un acte administratif unilatéral comme « *procédé technique* »¹⁹⁵ pour l'entrée dans la fonction publique. Pourquoi a-t-on choisi la nomination et non le contrat ? À cette question Gaston Jèze développait déjà une démonstration¹⁹⁶. Pour Gaston Jèze, tout bon juriste doit étudier la norme dans sa globalité, en analysant avant le contenu même, le contexte juridique, économique, politique ou encore culturel. Jèze distinguait donc deux points de vue, politique et technique, qui ont bon nombre de « *points de contact* »¹⁹⁷. Concernant l'entrée dans la fonction publique, on pouvait « *hésiter entre deux procédés techniques : la nomination unilatérale, ou bien le contrat* »¹⁹⁸. Pour Jèze, lorsqu'il s'agit de répondre à des questions purement juridiques parfois « embarrassantes » le juriste devra étudier le contexte et la volonté politique : « *la dominante politique de l'époque est-elle que l'on veut donner plus de souplesses à la fonction publique, que l'on veut se réserver les moyens de l'adapter facilement et immédiatement aux besoins sociaux, aux nécessités de l'intérêt public ?* »¹⁹⁹. Il en conclura ainsi qu'à la lumière du point de vue politique on peut expliquer le choix de la

¹⁹² CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* p 613

¹⁹³ *Ibid.*, p 613

¹⁹⁴ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique*, *op. cit.* p 200, p 5-6

¹⁹⁵ JEZE (Gaston), *Les principes généraux du droit administratif*, Tome 1, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 3ème éd, 2005, 440 pages.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p 1

¹⁹⁷ *Ibid.*, p 5

¹⁹⁸ *Ibid.*, p 4-5

¹⁹⁹ *Ibid.*, p 4-5

nomination unilatérale, qui constituait le mécanisme le plus souple, qui ne « *se heurte pas à des obstacles juridiques insurmontables* »²⁰⁰ que pourrait constituer la prise en compte de la volonté du fonctionnaire.

Cette démonstration de Gaston Jèze est tout particulièrement intéressante, sur différents points. Tout d'abord l'argumentaire démontre la conception de l'époque, au début du XXème siècle, et révèle que si aujourd'hui les procédés techniques utilisés en droit de la fonction publique sont pour beaucoup synonymes de lourdeur ou d'inflexibilité, à l'époque ils étaient des exemples de souplesse. Également, l'étude de Gaston Jèze force à approcher un point de vue plus politique, qui oblige à se demander si finalement la volonté politique n'est pas inchangée puisque le souhait est toujours celui de la souplesse ? Si le désir est le même, la réponse trouve aujourd'hui un autre écho. La question de la flexibilité, de la souplesse demeure ; néanmoins, le procédé technique correspondant à ces attentes réside aujourd'hui plus dans l'approche contractuelle que dans la nomination unilatérale. Enfin, l'approche de l'époque concernant la nomination comme vecteur de souplesse pour l'administration permet aussi d'envisager le mécanisme sous un autre angle : les procédés techniques mis en œuvre dans la fonction publique seraient les plus commodes et efficaces en termes de gestion des ressources humaines.

La nomination apparaît dans deux étapes du recrutement : à la suite du concours et comme procédé de recrutement direct dans la fonction publique. La nomination, dont le pouvoir est détenu par le Président de la République, le Premier ministre ou encore d'autres autorités comme les ministres et le préfet par exemple doit remplir différentes conditions.

Concernant les conditions de forme, elles résident principalement dans la publication²⁰¹. Le décret du 19 mars 1963²⁰² précise ainsi que : « *La publication des décisions portant nominations, promotions de grades et mises à la retraite est faite au Journal officiel de la République française* » concernant « *les fonctionnaires nommés par décret* », ceux nommés par arrêtés mais appartenant aux corps de catégorie A des administrations centrales de l'État, des services déconcentrés et des établissements publics de l'État.

²⁰⁰ JEZE (Gaston), *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p 6

²⁰¹ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, *JORF* : 12 janvier 1984, article 28 : « *Les décisions portant nominations, promotions de grades et mises à la retraite doivent faire l'objet d'une publication suivant des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat* ».

²⁰² Décret n°63-280 du 19 mars 1963 portant règlement d'administration publique et relatif à la publication des décisions concernant la situation individuelle des fonctionnaires, *JORF* : 22 mars 1963, p 2769 : « *La publication prévue à l'article 28 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat des décisions portant nominations, promotions de grades et mises à la retraite est faite au Journal officiel de la République française* ».

Les conditions de fond de la nomination sont diverses²⁰³. Tout d'abord la nature de la nomination est celle d'un acte-condition comme l'expliquait Léon Duguit, déclenchant l'application à un cas individuel d'un statut général, c'est-à-dire d'une règle préexistante. La nomination de fonctionnaire est un acte administratif unilatéral par opposition à un acte subjectif que serait un accord contractuel. La nomination a donc pour objet de rendre applicables les règles générales relatives à un statut de catégorie d'agents à un individu. La personne nommée pourra, dans certains cas particuliers, être choisie par l'autorité. La nomination sera laissée à la décision du gouvernement concernant l'accès à des emplois supérieurs par exemple. L'acte unilatéral de nomination doit être nécessairement motivé par la vacance d'emploi²⁰⁴. La nomination entachée de détournement de pouvoir sera également nulle. Le Conseil d'État dans un arrêt *Cresp* du 9 mai 1994²⁰⁵ annule une nomination pour détournement de pouvoir à la suite d'une plainte d'un agent en congé de longue maladie qui s'est vu refuser sa demande de réintégration alors que la vacance du poste qu'il occupait avait été publiée et qu'un agent avait été nommé à son poste. Une nomination ayant pour objectif d'empêcher la réintégration d'un agent en congé de longue durée est donc entachée de détournement de pouvoir.

L'effet principal de la nomination, lorsque cette dernière est régulière est l'affectation²⁰⁶ : « l'action d'assigner un poste »²⁰⁷. Le chef de service décide de l'affectation de l'agent dans l'intérêt du service, sans obligation de motivation. L'agent a droit à une affectation concordant à son grade et dans un délai raisonnable. L'arrêt du Conseil d'État du 28 décembre 2009, *Syndicat national du travail*²⁰⁸, étend les possibilités de mobilité dans l'administration de l'État tout en affirmant des garanties fondamentales des fonctionnaires concernant leur affectation. La décision de maintenir un agent des années sans affectation porte atteinte au droit énoncé précédemment et engage la responsabilité de l'État²⁰⁹. Le deuxième effet de la

²⁰³ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.* p 202

²⁰⁴ Loi n°83-634 du 13 Juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors, *JORF* : 14 juillet 1983, p 2174, article 12 : « Toute nomination ou toute promotion dans un grade qui n'intervient pas exclusivement en vue de pourvoir à un emploi vacant et de permettre à son bénéficiaire d'exercer les fonctions correspondantes est nulle ».

²⁰⁵ CE 9 mai 1994, *Cresp*, n° 76076, *Recueil Lebon* p.225

²⁰⁶ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.* p 206

²⁰⁷ www.larousse.fr

²⁰⁸ CE, ass., 28 décembre 2009, *syndicat national du travail, de l'emploi et de la formation (SYNTEF- CFDT) et autres*, n°316479, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2010, p 4 ; *AJDA* : 2010, p 568, note E. Marc ; *RFDA* : 2010, p 605, concl. Y. Struillou : « le droit d'être affecté à un emploi pour exercer les missions afférentes au grade », et « l'obligation, pour l'administration, de recueillir l'accord du fonctionnaire intéressé pour l'affecter à un emploi ne correspondant pas à de telles missions ».

²⁰⁹ CE, sect., 6 novembre 2002, *Guisset*, n°227147, *Recueil Lebon* p 376 ; *AJDA* : 2002, p 1440, chron. F. Donnat et D. Casas ; *RFDA* : 2003, p 984, concl. Stahl ; *AJFP* : 2003, p 34

nomination régulière est l'installation, « *l'action d'installer quelqu'un dans une fonction* ²¹⁰ » qui permet de constater que la personne nommée a rejoint son poste. Concernant les effets de la nomination irrégulière, comme tous actes administratifs, les conséquences seront bien évidemment le retrait ou l'annulation.

17 – Une crise du concours : une volonté de réformer

« *Pour l'État employeur, recruter un nouveau fonctionnaire est un pari risqué* »²¹¹. Le recrutement est donc une question cruciale à laquelle le concours semblait répondre parfaitement. Les trois concours mis en œuvre peuvent attester la diversité du recrutement dans la fonction publique. Bien évidemment la diversité est une richesse ; les différentes voies de recrutement devraient permettre de sélectionner des agents aux profils différents et variés. Les réformes relatives aux concours vont dans ce sens. Concernant l'allègement des épreuves quant au concours d'attaché territorial, la disparition des épreuves de droit public notamment pourrait permettre de recruter des candidats aux nouveaux profils, plus seulement des juristes mais peut-être des candidats au profil plus littéraire par exemple. Ces « nouvelles » recrues apporteraient ainsi une autre vision, enrichissante pour la fonction publique. Néanmoins, la question est alors de savoir si les jurys se saisiront de cette possibilité offerte : opteront-ils pour des profils atypiques ? Une réponse positive à cette question serait très certainement osée car si une modernisation du concours semble en cours, l'effort n'apparaît pas suffisant pour dynamiser une voie de recrutement encore qualifiée d'académique. L'effort de modernisation nécessite du temps et s'accompagne nécessairement d'un changement des mentalités.

Les épreuves du concours ont pour objectif de vérifier les connaissances générales du candidat ainsi que ses aptitudes professionnelles. Il s'agit d'évaluer les savoir-faire et les savoir-être de la recrue potentielle. Un agent doit pouvoir s'exprimer clairement, résoudre les problèmes auquel il est confronté, en étant impartial et en faisant preuve d'une grande capacité d'adaptation et d'un esprit d'équipe. Le concours semble ainsi la méthode la plus méritocratique et égalitaire, puisqu'il permet d'évaluer en toute équité et impartialité les connaissances et aptitudes du candidat et permet la sélection du plus méritant. Bien au-delà des connaissances, il s'agit d'entrevoir chez la recrue qui se présente un esprit de service public, une conception en adéquation avec la fonction publique. L'État n'étant pas un employeur comme un autre, le servir se mérite. Néanmoins, après l'étude des objectifs

²¹⁰ www.larousse.fr

²¹¹ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.* p 159

recherchés et des critères sélectionnant l'agent, le concours ne semble pas répondre à toutes les attentes : une rédaction ne peut permettre d'évaluer chez le candidat son sens aigu du service public, et un simple oral semble insuffisant. Le recrutement par concours apparaît en décalage avec les exigences actuelles, car ce mode ne semble évaluer que des connaissances académiques au détriment des compétences professionnelles. Les qualités scolaires semblent privilégiées face aux qualités psychologiques du candidat. Ces critiques *a priori* destinées au concours externe, sont également émises envers les deux autres concours, interne et troisième voie. Ces deux dernières voies, permettant de se concentrer sur l'expérience et la formation des candidats, souffrent également d'un certain académisme en inadéquation avec une évaluation centrée sur la professionnalisation. Le rapport de 2008 rendu par les inspecteurs généraux de l'administration, Corinne Desforges et Jean-Guy de Chalvron²¹² énonce quelques propositions afin de « moderniser » le concours et répondre aux critiques prononcées à son encontre. Le rapport reprend les remarques et constate que le concours correspond à « *un parcours de sélection plus que de recrutement* »²¹³. Les propositions visent à assurer une professionnalisation du concours, à entamer une réforme quant aux épreuves et à assurer une plus grande diversité d'accès dans la fonction publique. Ce qui interpelle réside également dans le changement de vocabulaire, qui est souvent très démonstratif. La sélection, « *l'action de choisir les personnes qui conviennent le mieux* »²¹⁴ se voit différenciée et délaissée par le recrutement, « *l'action d'engager des gens pour tenir certains emplois* ». La différence majeure entre les termes réside dans la notion d'emploi, dans la fonction publique qui repose sur un système de carrière la sélection s'opère sur une évaluation d'aptitudes, au contraire du recrutement qui se concentre sur l'emploi et les capacités du candidat à occuper un poste. Ce changement de termes n'est pas anodin, si l'on souhaite s'orienter vers un concours de recrutement, on se tourne vers une des caractéristiques majeures du système d'emploi. Les différentes évolutions, pratiques et sémantiques, semblent toutes tourner autour de la préférence entre les deux systèmes, ambivalents et complémentaires à la fois.

D'autres propositions émises pour le troisième concours notamment semblent se calquer quelque peu sur le recrutement en droit privé, avec l'exigence d'entretien ou encore de transmettre un *curriculum vitae*. Néanmoins, malgré les critiques le concours possède diverses vertus qui, comme cela a été étudié au cours de l'approche historique, ne peuvent être laissées

²¹² DESFORGES (Corinne), CHALYRON (Jean-Guy), Rapport de la mission préparatoire au réexamen général du contenu des concours d'accès à la fonction publique de l'Etat, janvier 2008

²¹³ DE MONTECLER (Marie-Christine), « Passer des concours de sélection à des concours de recrutement », in : *AJDA*, 2008, p 324

²¹⁴ www.larousse.fr

de côté. Il demeure tout de même la voie de recrutement la plus égalitaire et méritocratique, sans aucune autre considération que les connaissances et les aptitudes, alors que se posent souvent, dans les recrutements en droit privé, des difficultés en matière de discrimination par exemple.

Ce reproche persistant d'un académisme marqué du concours, malgré les efforts de modernisation, peut également enseigner quelques éléments. Le premier est que, manifestement, les avancées entreprises ne sont pas suffisantes pour inverser la critique. Le deuxième élément consiste en la démonstration assez intéressante d'une « habitude » dans la fonction publique. Lorsque, notamment, la réforme du concours d'attaché territorial est apparue, la critique fut rapide et la remise en cause du concours pointée du doigt. Si le changement dénote une volonté manifeste, il semble que ce dernier était tout de même à nuancer. Certes les épreuves ont été modifiées et allégées ; pourtant, il ne s'agissait pas de grandes modifications entraînant un désaveu du concours. Les réactions démontrent une certaine méfiance dans la fonction publique vis-à-vis du changement. Le débat quant au recrutement exprime également un certain décalage entre les défenseurs de la fonction publique actuelle (ou d'hier) et ceux désirant une nouvelle fonction publique.

18 – La méfiance des fonctionnaires : une crainte des réformes

Après l'étude du recrutement statutaire, et plus précisément du concours et de ses modalités, divers constats peuvent être dressés. Le travail d'harmonisation parfois décrié semble indiscutable puisque le concours est le mode de recrutement de principe, malgré quelques exceptions. Pourtant, ce dernier est en « crise de légitimité » : il ne cesse de recevoir la critique. Trop académique, pour beaucoup il ne se focalise que sur les connaissances et non les compétences, or les voies destinées à valoriser l'expérience, acquises dans la fonction publique ou dans le secteur privé, ne remplissent pas les attentes des candidats. Mais si le problème du conformisme et du caractère très scolaire du concours est soulevé, il n'est pas pour autant partagé par tous. Lorsque des tentatives de modernisation sont mises en place, d'autres s'inquiètent et s'interrogent, pensant assister à une mise à mort progressive du concours. On retrouve ainsi quelques traits de caractère de la fonction publique et des agents qui y concourent, comme, par exemple, une certaine méfiance. L'étude « *paradoxes de la gestion publique* »²¹⁵ explique bien ce sentiment de méfiance des agents publics. Pour les auteurs, les différentes réformes dans la fonction publique sont la cause de ce sentiment

²¹⁵ EMERY (Yves), GIAUQUE (David), *Paradoxes de la gestion publique*, op. cit., p 172-173.

d'inquiétude et de méfiance envers les propositions de la sphère politique. Au Canada par exemple, les restructurations ont développé « *des attitudes de résignation et de découragement parmi les fonctionnaires* ». Les auteurs identifient ainsi un premier paradoxe : les réformes entraînent « *le développement d'une culture de retrait* », ainsi « *le retrait des acteurs au moment où les initiatives et les volontés individuelles doivent être sollicitées* ». Cette attitude hostile conduit nécessairement à un certain repli, et influence l'attractivité de la fonction publique qui aura du mal à attirer de nouvelles recrues. Le paradoxe est donc là, les réformes découragent et développent une attitude défensive, alors que les modifications et les changements ne peuvent se faire sans le concours des agents publics de l'État, « *elles doivent être soutenues pour germer* »²¹⁶. Ce sentiment de méfiance est bien évidemment continuellement alimenté par des « *campagnes de dénigrement particulièrement démoralisantes* » et décourageantes. Si la sphère politique dénigre les agents, ces derniers ne peuvent percevoir que mauvais augures lorsque des propositions de changements sont amorcées. Bien au-delà du décalage entre les partisans d'une fonction publique nouvelle, d'une réforme du concours, et ceux désirant conserver l'existant, c'est tout un climat de suspicion qui règne dans la fonction publique. Les soupçons ne cessent de s'accroître au fil des réformes : le débat autour du concours n'en est qu'un symptôme. La sélection s'oriente vers un recrutement, comme cela a été signalé, et les termes sont très révélateurs. Les souhaits et les exigences demeurent les mêmes : la souplesse. Mais il semble que l'on cherche désormais la réponse du côté de l'approche contractuelle.

Section 2 : Droit de la fonction publique et contrat : l'exception en reconquête

Après l'étude du recrutement statutaire dans la fonction publique, il convient de se focaliser désormais sur le recrutement contractuel afin de comprendre en quoi ce dernier constitue aujourd'hui pour certains une véritable alternative au recrutement de principe. Depuis quelques années, on ne cesse de lire que le contrat revêt de nombreuses vertus attractives dans la fonction publique, mais pourtant il n'a jamais véritablement disparu de cette dernière (1§). Il s'agit ainsi davantage d'une reconquête contractuelle, non absoute de nombreux débats révélant une appréhension bien actuelle d'un contrat symbole d'une nouvelle idéologie dans la construction de la fonction publique de demain (2§).

²¹⁶ EMERY (Yves), GIAUQUE (David), *Paradoxes de la gestion publique, op. cit.*, p 172-173.

1§ – Le contrat, une coexistence originelle en droit de la fonction publique

Contrat et fonction publique ne forment pas un duo d'aujourd'hui. Comme cela a été envisagé auparavant, le contrat est présent dès les débuts antiques de la fonction publique. Néanmoins, on ne peut cerner les problématiques actuelles liées au recrutement contractuel dans la fonction publique sans effectuer un parallèle avec l'évolution du contrat et de son utilisation en droit administratif (A). Si le contrat et la fonction publique ont un lien originel, la présence du contrat pose aujourd'hui question (B). En effet, réintroduit de façon quasi concomitante au statut, le recours contractuel justifié par des besoins momentanés perdure et s'installe progressivement dans la fonction publique.

A – L'émergence de l'outil contractuel en droit administratif

Le contrat est souvent envisagé à tort comme l'outil exclusif du droit privé. Or le contrat de façon générale en droit administratif (1) a toujours été l'objet de préoccupations doctrinales : une théorie du contrat administratif a ainsi été élaborée (2). Afin de comprendre la présence contractuelle en droit de la fonction publique, l'étude du contrat et de sa théorisation en droit public s'avère essentielle.

1 – Le contrat en droit administratif, une préoccupation doctrinale

19 – Quelques éléments quant au contrat administratif

Bien souvent on pense au contrat comme à la convention privilégiée du droit civil. Or, le contrat a toujours existé dans la fonction publique et en droit administratif. Dès les prémises du contrat, sous l'antiquité, la convention n'a pu échapper au droit administratif²¹⁷. Bien que non conceptualisé, le contrat existait sous la forme d'accords d'exploitation de marchandises, d'emprunts ou encore d'échanges. Au XVII^e siècle des contrats administratifs sont conclus avec des particuliers pour la construction et la gestion de canaux par exemple. L'existence de contrats impliquant l'administration est donc ancienne, mais il faudra attendre la création du Conseil d'État pour qu'une théorie générale du contrat se construise.

Une des définitions du contrat est la suivante : c'est « *une convention ayant pour objet de créer des droits et obligations* »²¹⁸. La définition doctrinale précitée, choisie pour son caractère consensuel implique, pour qu'il y ait un contrat, qu'une convention soit conclue entre deux personnes au moins, d'où résultent des obligations et des droits. Différents

²¹⁷ EL-BEHERRY (Ibrahim Refaat Mohamed), sous la Direction de GOURDET (Geneviève), IBRAHIM (Ibrahim Ahmed), *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux*, 2004, Université de Nice Sophia-Antipolis

²¹⁸ CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, op. cit. p 231

éléments caractérisent le contrat : tout d'abord, l'accord entre les parties. La notion d'accord entre les parties renvoie à celle de la volonté des parties, qui se traduit dans l'échange de consentements. Néanmoins, dès ce premier élément, des difficultés peuvent apparaître en droit administratif²¹⁹. Lorsque deux services de l'État contractent, peut-on parler de contrat miroir ? Lorsqu'une administration centrale conclut un contrat avec un service déconcentré de l'État par exemple, la question peut se poser. Afin d'évacuer cette problématique, notamment, on a donc reconnu une personnalité limitée à certaines entités autonomes de l'État.

Une autre notion ressortissant de la définition du contrat pose problème en droit administratif : la force obligatoire du contrat²²⁰. Bien évidemment, le contrat a un caractère obligatoire : en droit civil, le caractère obligatoire repose, majoritairement, sur l'autonomie de la volonté. Le contrat est la rencontre de volontés, un accord commun que l'on ne peut défaire. Néanmoins, cette conception visant à construire la force obligatoire du contrat sur l'échange concrétisé de volontés a été critiquée par Kelsen²²¹. Ce dernier effectuait une différenciation entre « *l'acte conventionnel, l'accord de volonté et la norme créée par la convention, la procédure et la norme* »²²². Pour Kelsen, l'autonomie de la volonté contribue à former le contrat mais ne lui confère pas de caractère obligatoire, c'est le droit positif qui donne la force obligatoire au contrat, « *l'accord de volontés n'intervenant seulement que comme procédure spécifique de création d'effets de droit* »²²³. Le courant majoritaire, dit classique, considère quant à lui que les parties ne sont pas seulement liées par leur volonté mais aussi par des principes fondamentaux, ce qui conduit aux différentes notions de bonne foi ou encore d'équilibre entre les parties. La conception classique s'éloigne de l'interprétation stricte de l'autonomie de la volonté, mais ne consacre pas toutefois la thèse de Kelsen : le contrat trouve sa force obligatoire dans les valeurs comme dans la norme supérieure.

Qu'en est-il de la conception administrative de l'autonomie de la volonté²²⁴ ? *A priori*, la conception civiliste de l'autonomie de la volonté ne peut correspondre au droit public. En effet, il ne peut être reconnu de volonté autonome aux autorités de l'État puisque l'État est unitaire. Le droit public fait prévaloir les concepts de fonction et de but, non de volonté. Néanmoins, la compréhension du contrat, du but qu'il poursuit, ou encore des effets qu'il

²¹⁹ RICHER (Laurent), *Droit des contrats administratifs*, Paris : LGDJ, coll. Manuel, 9^{ème} éd, 2014, 620 pages, p 10

²²⁰ ANCEL (Pascal), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », in : *RTD civ.*, 1999, p 771

²²¹ CHARBONNEL (Lionel), Thèse sous la Direction de PELISSIER (Anne), *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, 2010, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse

²²² DUBUISSON (Bernard) *et alii*, *Mélanges offert à Marcel Fontaine*, ed. Larcier, 2003, 884 p

²²³ *Ibid.*

²²⁴ RICHER (Laurent), *Droit des contrats administratifs*, *op. cit.* p 15-21

produit sur les tiers peut répondre aux exigences du droit public en termes de satisfaction de l'intérêt général. Pourtant, la jurisprudence administrative apparaît en contradiction puisqu'elle s'attache également à la volonté des parties : le juge s'intéresse à l'intention des parties jusqu'à retenir des solutions parfois même contraires à l'écriture du contrat. Le juge administratif, s'il ne reconnaissait pas la volonté des parties, pourrait s'immiscer dans le contrat contrairement au juge judiciaire qui ne contrôle que la méconnaissance des clauses et leur dénaturation. Pourtant, bien que le contrat administratif ait des répercussions sur les tiers, le contrôle du juge administratif se limite : une certaine harmonisation de la théorie du contrat se dégage. Par exemple, en droit privé la loi nouvelle ne peut s'appliquer au contrat. En droit public, la règle est la même, malgré quelques exceptions, comme lorsque la règle nouvelle a un caractère d'ordre public.

Néanmoins cette harmonisation peut toutefois être nuancée. Tout d'abord, les clauses de résiliation unilatérale sont à l'opposé d'une conception plaçant l'autonomie de la volonté au cœur du contrat. Si ces clauses trouvent différentes raisons inhérentes au droit public comme l'organisation du service, mais surtout la satisfaction de l'intérêt général, elles consacrent toutefois le contraire d'une reconnaissance de la volonté des parties. Également, si le juge administratif s'attache à une certaine harmonisation de la théorie du contrat, il est tout de même parfois bien plus audacieux que le juge judiciaire ; son immixtion peut contraster avec le droit privé qui peine encore parfois à accepter l'intervention du juge afin de rééquilibrer le contrat. C'est le cas notamment de la théorie de l'imprévision et de sa reconnaissance dans l'arrêt du Conseil d'État *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* du 30 mars 1916²²⁵. Très tôt, le juge administratif a reconnu la théorie de l'imprévision afin de permettre la pérennité du contrat administratif malgré un bouleversement temporaire de son économie du fait d'événements que les parties ne pouvaient prévoir. Si le code civil dispose désormais d'un article introduisant l'imprévision en droit civil, la reconnaissance a été bien plus tardive et demeure conditionnée, notamment par l'accord des parties²²⁶.

²²⁵ CE, 30 mars 1876, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, R. 125, concl. CHARDENET ; D. 1916.III.25, concl. ; RDP 1916, p. 206, concl., p. 388, note G. JÈZE ; S. 1916.III.17, concl., note M. HAURIUO ; GAJA

²²⁶ Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF : 11 février 2016, n° 0035, nouvel art. 1195 du code civil : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

20 – Quelques éléments quant à la théorie générale du contrat administratif

Une théorie générale du contrat s'est donc construite assez tardivement en droit public. Si le contrat existait depuis bien longtemps en droit administratif et qu'il n'était pas absent des études au XIX^{ème} siècle, on accorde la paternité de l'élaboration d'une théorie générale du contrat administratif à Gaston Jèze²²⁷. Pour ce dernier, dans son ouvrage *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*²²⁸, le contrat administratif est fondé sur l'expression de la volonté, « *tout contrat est un accord de volontés* »²²⁹, « *l'expression d'une bipolarité de volontés* »²³⁰, et la parole donnée. Tout au long de son œuvre, Jèze place le service public au cœur de son argumentaire et y explique l'origine de la différenciation entre contrat de droit public et contrat de droit privé. Pour Jèze, la spécificité du contrat de droit public réside dans les effets de la convention qui ne sont pas les mêmes qu'en droit privé. En droit public, « *celui qui conclut un contrat administratif prend l'obligation non seulement de ne pas gêner le fonctionnement du service public, mais encore de faciliter le fonctionnement du service public* »²³¹. Après cette première synthèse de la théorie du contrat administratif, Georges Péquignot produit une thèse intitulée *la Théorie générale du contrat administratif*²³². Pour l'auteur, on peut effectuer un reproche à Gaston Jèze dans son élaboration d'une théorie générale du contrat administratif : le caractère catégoriel de son approche. Pour Péquignot, Jèze liste, présente et énumère les différents contrats administratifs en centrant sa distinction autour du service public, mais il pourrait toutefois aller au-delà. Péquignot va, néanmoins, se confronter à la même difficulté que son illustre prédécesseur²³³ : il articulera également la différenciation entre les contrats administratifs et les autres contrats par la primauté du but de service public. André de Laubadère publia ensuite un ouvrage reprenant les points de vue de Jèze et Péquignot ; il expliqua que le « *particularisme* » des contrats administratifs « *réside dans les exigences du service public mais également dans le fait que l'un des contractants est ici l'État* »²³⁴. La

²²⁷ RICHER (Laurent), *Droit des contrats administratifs*, op. cit. p 23

²²⁸ JEZE (Gaston), *Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*, op. cit.

²²⁹ JEZE (Gaston), *Les principes généraux du droit administratif, Tome 1*, op. cit. p 42

²³⁰ *Ibid.*, p 42

²³¹ JEZE (Gaston), *Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*, op. cit. p 8

²³² PEQUIGNOT (Georges), *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, op. cit.

²³³ MULLER (Etienne), *Les instruments juridiques des partenariats public- privé*, Paris : L'Harmattan, 1 janvier 2012, 696 p., p 113.

²³⁴ MARCOVIVI (Emilie), « André De Laubadère, théoricien du droit des contrats administratifs », In : *Revue Française de Droit Administratif*, 2010, p 1240

théorie développée par Laubadère trouve des échos encore bien actuels : « *l'on peut aussi percevoir assez clairement un second facteur d'engouement pour le procédé contractuel : il est plus facile pour l'administration d'administrer avec l'adhésion de l'administré que contre son gré, en le traitant comme un participant plutôt que comme un assujéti* »²³⁵. L'ouvrage de Laubadère sera ensuite réactualisé par F. Moderne et P. Delvolvé²³⁶.

Aujourd'hui, les théories de Jèze ou Péquignot ne sont pas abandonnées ; bien que le régime des contrats administratifs ne puisse s'expliquer avec la seule notion de service public, le droit administratif y reste toutefois très attaché.

21 – Quelques éléments quant à la notion de contrat administratif

Selon Gérard Cornu, un contrat administratif est : « *un contrat dont, en principe, l'une des parties est une personne publique et dont la connaissance appartient à la juridiction administrative soit en vertu d'une attribution légale de compétence, soit parce qu'ils portent sur l'exécution même d'un service public* »²³⁷ ou comportent une clause impliquant un régime exorbitant²³⁸. Ainsi le contrat administratif est *a priori* conclu entre deux personnes publiques. C'est la première présomption permettant de déceler le caractère administratif d'un contrat. Ainsi le Tribunal de Conflits de 1983 précisa qu'un « *contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif, impliquant la compétence des juridictions administratives pour connaître des litiges portant sur les manquements aux obligations en découlant, sauf dans le cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé* »²³⁹. Toutefois, un contrat peut également revêtir un caractère administratif s'il est conclu entre deux personnes privées. Par exemple, le contrat conclu entre un co-contractant agissant pour le compte d'une collectivité publique et une entreprise privée est administratif selon le Conseil d'État²⁴⁰. En effet, le Tribunal des conflits, dans une décision du 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*, avait posé le principe selon lequel les marchés de travaux de sociétés concessionnaires d'autoroute conclus avec des

²³⁵ DE LAUBADERE (André), « Administration et contrat », *op. cit.* p 240

²³⁶ DE LAUBADERE (André), MODERNE (Franck), DELVOLVÉ (Pierre), *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, 808 p

²³⁷ CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p 231

²³⁸ La jurisprudence relative aux clauses exorbitantes de droit commun à évolué récemment, avec notamment la décision du Tribunal des conflits, 13 octobre 2014, *Société Axa France IARD c/ MAIF*, n° 3963, *D.* : 2014, p 2115, obs. M.-C. Montecler ; *AJDA* : 2014, p 2031 ; *AJDA* : 2014, p 2180, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe : « *Considérant, en troisième lieu, que le contrat litigieux ne comporte aucune clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs* ».

²³⁹ TC, 21 Mars 1983, *Union des assurances de Paris*

²⁴⁰ CE, sect, 30 Mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, n° 86738, *R.* 326 ; *AJDA* : 1975, p. 345, chron. M. Franc et M. Boyon ; *D.* 1976, p. 3, note F. Moderne

entreprises privées relèvent « *par nature* » de la compétence du juge administratif²⁴¹. Toutefois, le Tribunal des conflits semble revenir sur sa jurisprudence *Société Entreprise Peyrot*, avec une décision du 9 mars 2015 : « *Considérant qu'une société concessionnaire d'autoroute qui conclut avec une autre personne privée un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'État* »²⁴². Si le contrat est administratif, la juridiction administrative sera donc compétente, « *soit en vertu d'une attribution légale de compétence* », « *soit parce qu'ils portent sur l'exécution même d'un service public* ». Par la décision *Epoux Bertin*, le Conseil d'État juge qu'un contrat est administratif dès lors qu'il a pour objet de confier au cocontractant l'exécution même du service public²⁴³. Néanmoins cet indice ne suffit pas à lui seul à construire le faisceau nécessaire pour se rattacher au caractère administratif du contrat, sans d'autres critères que l'action d'une personne privée, bien qu'émanation de la personne publique, ne sera pas regardée comme relevant du service public²⁴⁴. Le dernier élément de la définition du contrat administratif synthétisé par Gérard Cornu précise que le caractère administratif de la convention se distingue si elle comporte « *une clause exorbitante de droit commun* ». Comme l'indique notamment l'arrêt du Conseil d'État du 31 Juillet 1912²⁴⁵, l'existence d'une clause exorbitante de droit commun permet de se prononcer sur le caractère administratif ou non du contrat, en l'absence de telle clause rien ne distingue la convention d'un contrat de droit privé.

Un faisceau d'indices permet donc d'identifier le contrat administratif et de le différencier d'un contrat de droit privé, comme de déterminer la compétence de la juridiction administrative.

²⁴¹ TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot ctre Société de l'autoroute Esterel Côte d'Azur*, R. 787 ; D. : 1963, p 534, concl. Lasry, note Josse ; RDP : 1963, p 776, concl. ; S. 1963, p 273, concl. ; AJDA : 1963, p 463, chron. Gentot et Fourre ; AJDA : 1966, p 474, chron. Colin ; JCP : 1963. II. 13375, note J.-M. Auby ; RDP : 1964, p 767, note Fabre et Morin ; GAJA

²⁴² TC, 9 mars 2015, *Mme Risपाल ctre Société Autoroutes du Sud de la France*, n°3984, *Recueil Lebon* ; AJDA : 2015, p 481 ; AJCT : 2015, p 403, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA : 2015, p 265, concl. N. Escaut : « *Considérant qu'une société concessionnaire d'autoroute qui conclut avec une autre personne privée un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'Etat ; que les litiges nés de l'exécution de ce contrat ressortissent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ; Considérant, toutefois, que la nature juridique d'un contrat s'appréciant à la date à laquelle il a été conclu, ceux qui l'ont été antérieurement par une société concessionnaire d'autoroute sous le régime des contrats administratifs demeurent* »

²⁴³ CE, Sect. 20 Avril 1956, *Epoux Bertin*, R. 167 ; AJDA 1956.II.272 et 221, concl. M. Long et chron. J. Fournier et G. Braibant ; RDP 1956, p. 869, concl., note M. Waline ; D. 1956, p. 433, note A. De Laubadère ; RA 1956, p. 496, note G. Liet- Veaux ; GAJA

²⁴⁴ CE, 5 Octobre 2007, *Société UGC-CINE-CITE ctre Commune d'Epinal*, n° 298773 ; AJDA : 2007, p 1903 ; AJDA : 2007, p 2260, note J.-D. Dreyfus ; AJDA : 2008, p 169, trib. G. Clamour ; *Droit adm.* : décembre 2007, p 22, note A. Ménéménis ; *CMP* : novembre 2007, p 1903, comm. G. Eckert ; *BJCP* : 2005, n° 55, p. 483, concl. D. Casas ; *JCP Adm.* : 2007, n° 2294, note F. Linditch ; *RJEP* : 2008, comm. 19, note D. Moreau ; *RLC* : 2008, n° 998, note G. Clamour ; *RLCT* : 2008, n° 31, p. 26, note C. Mondou

²⁴⁵ CE, 31 Juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges ctre. Ville de Lille*, n° 30701, *Recueil Lebon* p. 909, concl. L. Blum, GAJA n°25

B – L'apparition du recrutement contractuel en droit de la fonction publique

Le contrat comme mode de recrutement dans la fonction publique remonte aux fondements de cette dernière. Mais, l'histoire étudiée se concentrera sur le point de réinsertion contractuelle à l'origine des débats actuels : vers le début du XX^{ème} siècle (1). Les apports historiques s'avèrent constituer des éléments de compréhension importants, dans la mesure où la faveur statutaire semble s'être originellement accompagnée de son exception contradictoire : le recrutement contractuel (2).

1 – L'histoire du recrutement contractuel dans la fonction publique

22 – Le contrat en droit de la fonction publique

Comme cela a été étudié durant l'historique de la fonction publique, le recrutement a toujours été marqué de diversité. Si les racines du concours sont lointaines et la nomination est apparue dès la naissance de l'État sous l'antiquité, le contrat trouve également sa source loin dans l'histoire de la fonction publique. En continuité du droit romain, le Moyen-Âge reprend les mécanismes élaborés sous l'antiquité. Ainsi, on retrouve dans le lien unissant les commissaires au roi un contrat. Le roi nommait des commissaires pour des missions ponctuelles et complexes, par une lettre de commission. Cette lettre précisait la nature de la mission, les pouvoirs conférés ainsi que la durée. Le commissaire pouvait ainsi effectuer des actes juridiques pour le compte du roi, il s'agit ainsi d'un véritable contrat de mandat, le roi étant le mandant et le commissaire le mandataire. Tout au long de l'histoire, le contrat et le statut ne cessèrent d'être confrontés et d'alimenter de nombreux débats, comme le fait de savoir si le lien unissant l'État à son agent est un contrat de louage de service. Les discussions actuellement menées ne sont en réalité qu'un éternel débat. Néanmoins, s'il est bien connu que « *l'histoire est un perpétuel recommencement* »²⁴⁶, afin d'étudier le débat actuel sur le recrutement contractuel il convient d'identifier un point de croisement, le début et la naissance de la nouvelle discussion relative au contrat dans la fonction publique.

Les échanges et débats actuels relatifs au contrat dans la fonction publique peuvent trouver leur source au XX^{ème} siècle, suite aux deux guerres mondiales. En ces périodes dévastées, il fut complexe de maintenir les services publics et de conserver ses agents, pour beaucoup partis ou disparus en guerre. Il convenait ainsi de recruter, temporairement et momentanément, une main d'œuvre disponible : les femmes. Le contrat dans la fonction publique, fit ainsi son apparition de manière concomitante avec l'émancipation des femmes.

²⁴⁶ Citation Thucydide

23 – Des contrats féminisés

Les contrats dans la fonction publique semblent apparaître avec les crises et difficultés inhérentes aux deux guerres mondiales que la France a dû traverser au XX^{ème} siècle. Pour des raisons évidentes de démographie et de ressources, les femmes constituant la majorité de la population active entrèrent, de manière plus importante, dans la fonction publique.

Comme cela a été indiqué dans l'approche historique, dès le XIX^{ème} siècle les femmes poussèrent la porte de la fonction publique, mais pour des postes et fonctions modestes, ce qui suscitait parfois l'agacement des agents masculins, craignant un recul de leurs acquis. Les années 1880 – 1900 marquèrent un tournant important avec la généralisation de l'utilisation de machines à écrire et des téléphones²⁴⁷. On retrouve ainsi une grande proportion de femmes employées dans les postes et télégraphes, qui furent une des premières administrations à se féminiser. Fin 1800 et début 1900, différentes politiques en matière d'embauche se succédèrent et on opta bien vite pour la solution la plus simple et la moins coûteuse dans les postes et télégraphes, l'auxiliarat et le stage. La titularisation est tantôt facilitée, suite aux revendications et agitations, tantôt elle se raréfie pour des raisons toujours budgétaires.

Bien souvent on date le début de l'émancipation des femmes en France durant les deux grandes guerres qui se sont succédées. Si la première guerre mondiale n'est pas, selon les sociologues, la véritable naissance de l'émancipation, puisque une fois la guerre terminée les femmes sont retournées dans les foyers, la seconde guerre mondiale a eu un indéniable impact dans la prise de conscience collective, et surtout féminine, de l'autonomie des femmes dans la société et de leur émancipation par le travail. Parallèlement à cette autonomisation, le contrat tire également sa source contemporaine durant la seconde guerre mondiale où l'on retrouve de nombreuses *dames-employées* de bureau embauchées, *a priori* temporairement, par contrat. En 1906 le nombre de femmes actives, non agricoles, dans les professions libérales et services publics est de 6.7 %, alors qu'en 1946 elle est de 40.3%²⁴⁸. L'augmentation est donc sans équivoque. Néanmoins à la fin de la guerre, le recours au contrat était considéré comme temporaire afin de répondre à la conjoncture : il devait ainsi disparaître avec le temps. Cependant la convention s'est pérennisée et s'est installée progressivement dans la fonction publique.

²⁴⁷ BERTINOTTI (Dominique), « Carrières féminines et masculines dans l'administration des postes et télégraphes à la fin du XIX^{ème} siècle », in : *Annales. Economies, Sociétés, Civilisations*, 1985, n°3, p 625 - 640

²⁴⁸ DARIC (Jean), « Le travail des femmes : professions, métiers, situations sociales et salaires », in : *Population*, 1955, n°4, p 675-690.

24 – Histoire comparée : le Canada

Cette entrée du contrat afin de répondre à des besoins évidents momentanés n'est pas une particularité française. Si on regarde l'histoire de la fonction publique Canadienne, les mêmes phénomènes parallèles de féminisation et de précarisation dans la fonction publique peuvent s'observer²⁴⁹. Au Canada, durant la seconde guerre mondiale près de 50 % de femmes sont embauchées dans la fonction publique. Les femmes occupaient également des emplois de bureau²⁵⁰. Les femmes, nouvellement entrées dans la fonction publique Canadienne, étaient également recrutées pour des emplois temporaires, par contrat. Les nécessités de la guerre ont mis ainsi entre parenthèse les interdictions notamment aux femmes mariées d'être embauchés sans l'accord du mari, à condition que ces dernières démissionnent au retour de l'époux ; comme en France encore le contrat est choisi afin de répondre à un besoin de main d'œuvre momentané, et doit disparaître une fois les choses rétablies dans le bon ordre, dans l'exemple cité au retour du mari.

D'autres similitudes entre l'histoire de la fonction publique Canadienne et la fonction publique Française méritent également d'être relevées. Le contrat permet de recourir à une main d'œuvre disponible, en limitant toutefois l'entrée de la gente féminine à des postes précaires, temporaires, de bas échelon et de faible rémunération. Les femmes étant considérées comme inférieures aux hommes, le contrat permettait de segmenter le marché du travail entre les deux sexes et revêtait un intérêt majeur « *par l'embauche de femmes dans des secteurs non syndiqués (des emplois à contrat) caractérisés par le travail à temps partiel, temporaire et saisonnier, de procéder à une utilisation maximale de leur travail tout en préservant leur position marginale* »²⁵¹.

2 – Les enseignements de l'histoire du recrutement contractuel dans la fonction publique

25 – Femmes et contrat

L'étude de la genèse du contrat dans la fonction publique peut apporter différentes réflexions. Tout d'abord, un paradoxe évident peut être relevé quant à la concomitance de l'émancipation de la femme par le travail et de l'introduction du contrat dans la fonction publique. Si le recours inévitable aux femmes durant la seconde guerre mondiale, à son commencement comme à sa fin, a permis une autonomisation de ces dernières, l'émancipation n'a tout de

²⁴⁹ JUTEAU (Danielle), *La différenciation sociale : modèle et processus*, Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2003, 298 pages, p 37

²⁵⁰ *Ibid.* : « *Après la seconde guerre mondiale la majorité des emplois de femmes furent des emplois de commis de bureau à l'échelon inférieur* », p 47

²⁵¹ Jane Ursel citée par : JUTEAU (Danielle), *La différenciation sociale : modèle et processus*, *op. cit.* p 48

même pas les aspects idylliques que cela pourrait laisser supposer. L'entrée des femmes est forcée, c'est une main d'œuvre active disponible, mais elle est surtout calculée, pensée pour ne pas durer. Des travaux majoritairement d'employés de bureau, à bas échelon assortis d'une faible rémunération constituent la majorité des emplois féminisés : si les effets de cette entrée ont constitué pour les femmes une prise d'autonomie, d'un autre côté la volonté était de préserver une certaine marginalisation de ces dernières *via* des procédés contractuels notamment.

La différenciation des sexes est bien atténuée aujourd'hui, de nombreuses lois et réformes mettent l'accent sur l'égalité homme-femme et la disparité entre les deux sexes est bien moins marquée. Les femmes sont même majoritaires dans la fonction publique, en 2013 elles représentent 61 % de la fonction publique soit : 54 % de la fonction publique d'État, 61 % de la fonction publique territoriale et 77% de la fonction publique hospitalière²⁵². Dans la fonction publique d'État, le contrat n'est plus féminisé puisqu'un nombre égal d'hommes et de femmes constitue la catégorie des agents non titulaires²⁵³. Certains stigmates perdurent toutefois et des distinctions s'opèrent puisque 22% des femmes titulaires sont à temps partiel contre 4% des hommes. De plus, elles accèdent plus difficilement à des corps et emplois de direction, en 2013 seulement 26 % de femmes occupent un emploi de direction dans la fonction publique d'État, 35 % dans la fonction publique territoriale, et bien qu'elles constituent 77 % de la fonction publique hospitalière, elles n'occupent que 45% des postes de direction²⁵⁴.

26 – Précarité et contrat

Comme cela a été précisé, le contrat comme mode de recrutement était envisagé à durée déterminée, donc momentanée car il devait disparaître avec le temps. Pourtant, le contrat s'est malgré tout pérennisé dans la fonction publique. Comme cela a été constaté, le contrat a présenté d'autres vertus que celle d'une temporalité anticipée. Il s'est avéré une variable d'ajustement aux multiples apports : il permet de conserver une certaine marginalisation de la femme, mais également et surtout d'apporter une souplesse bien habile. Une main d'œuvre temporaire, à bas coût et parfois même docile puisqu'en attente de la très convoitée titularisation. Ainsi, on a trouvé tout simplement d'autres utilités au contrat : un procédé

²⁵² DGAFP, « Fonction publique, chiffres-clés », coll. fonction publique faits et chiffres, 2013

²⁵³ DGAFP, dossier, « La situation en 2007 des non titulaires présents dans la fonction publique d'Etat », 2007

²⁵⁴ DGAFP, « Fonction publique, chiffres-clés », coll. fonction publique faits et chiffres, 2013

permettant de conserver une certaine hiérarchisation sociale, l'ordre établi, avec des avantages de souplesse budgétaire et organisationnelle non négligeables.

Ainsi, un point primordial peut être souligné : dès les premières utilisations du contrat, ce dernier avait pour effet de précariser. En droit du travail, le contrat a une contrepartie protectrice ; en droit de la fonction publique, il semble n'avoir jamais été envisagé sous cet angle, où le contrat est un vecteur de souplesse dans divers domaines mais n'a aucunement vocation à protéger. Il s'agit ainsi d'une des caractéristiques de l'utilisation contractuelle dans la fonction publique, qui sera étudié tout au long de la présente démonstration. Toutefois, s'il s'agit d'une caractéristique de la fonction publique française, elle n'est tout de même pas isolée puisqu'une utilisation similaire du procédé contractuel se retrouve dans d'autres États comme cela a été constaté avec l'exemple canadien.

Certains enseignements peuvent être retirés de l'étude de l'origine du contrat dans la fonction publique. Tout d'abord, le contrat et le droit de la fonction publique ne se sont pas rencontrés récemment, puisque leur coexistence a débuté dès les prémices de la fonction publique. De plus, le contrat que l'on imagine comme l'instrument quasi exclusif du droit privé n'a jamais été absent des discussions, théories et doctrines publicistes. Si l'utilisation est mesurée puisque l'individualisme se heurte à la notion de collectivité, de bien commun ou encore d'intérêt général, le droit public a tout de même développé sa théorie générale du contrat en parallèle, majoritairement en adéquation avec la synthèse privatiste, mais en préservant un particularisme fort. En droit de la fonction publique, le contrat est conçu comme une variable d'ajustement, pour répondre à des besoins momentanés, aux divers avantages de souplesse que le statut ne peut manifestement procurer. Ainsi le contrat dans la fonction publique a toujours eu des effets précarisant, puisqu'il permet de contourner la rigueur du statut. Néanmoins le contrat est aujourd'hui l'objet de toutes les attentions dans la fonction publique, où il est tantôt le bénéficiaire d'une certaine réhabilitation, tantôt une figure de mauvais présage.

2§ – Le contrat, préoccupation contemporaine en droit de la fonction publique

Le contrat en droit administratif est en renouveau, autrefois délaissé sans toutefois être oublié, il est aujourd'hui en réappropriation (A). Ce parallèle du contrat administratif et du contrat en droit de la fonction publique est très démonstratif puisqu'il est également une préoccupation actuelle pour le recrutement des agents de l'administration (B). Observé, favorisé, discuté, le contrat semble constituer le mode privilégié de résolution actuelle des problématiques relatives à la fonction publique.

A – La réappropriation du contrat en droit administratif

Le contrat administratif est en reconquête : il suscite un regain d'intérêt en droit administratif. La modernité, la souplesse ou encore le dynamisme caractérisant l'exercice contractuel constituent de véritables facteurs d'attractivité (1). Toutefois, le contrat administratif est aussi victime de son succès : les vertus qui lui sont accordées s'avèrent discutées, la modernisation répétitivement invoquée de la convention amenant à une banalisation de cette dernière, notamment. L'attractivité contractuelle exploitée excessivement amène ainsi à une contestation croissante (2).

1 – Un contrat administratif attractif

27 – L'attractivité du contrat administratif

« Ils y voient volontiers, dans la perspective de l'action générale de l'État, une réanimation du contrat social, une illustration de ce que certains ont appelé "l'État concordataire" ou encore un témoignage du renouveau plus général du contrat dans le droit »²⁵⁵.

Comme l'exprime cette citation d'André de Laubadère le contrat est l'objet d'un certain renouveau en droit administratif, voire de manière plus générale, « dans le droit ». Néanmoins, si le renouvellement est indéniable il est plus juste de traiter de réappropriation, *l'action de faire à nouveau sa propriété de quelque-chose*²⁵⁶. L'attractivité du contrat est indéniable : le rapport public du Conseil d'État publié en 2008 consacré entièrement au contrat est une des démonstrations de son regain d'intérêt et de sa préoccupation très actuelle. Intitulé « *le contrat mode d'action publique et de production de normes*²⁵⁷ », le rapport

²⁵⁵ DE LAUBADERE (André), « Administration et contrat », *op. cit.* p 239-240

²⁵⁶ www.larousse.fr

²⁵⁷ Conseil d'État, *le contrat mode d'action publique et de production de normes, rapport public de 2008 : activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, La documentation française, 2008, coll. « Etudes et documents du Conseil d'État », n° 59

reprend ce qu'expliquait déjà Laubadère dans la citation présentée : un des premiers avantages du contrat expliquant sa réutilisation est « *la réanimation du contrat social* ».

Comme l'expliquait Gaston Jèze, il convient parfois de se pencher sur la volonté politique afin d'expliquer le choix en faveur d'une technique. L'étude des procédés politiques mis en œuvre met en exergue une tendance tournée vers le dialogue, l'autonomisation et la prise de conscience individuelle. La démonstration de cette orientation peut s'effectuer à travers différents signes caractéristiques, comme par exemple la prolifération de chartes en tout genre : la charte des patients, la charte de l'environnement, la charte des thèses etc. Si ces dernières n'ont aucun pouvoir coercitif, n'exercent aucune véritable contrainte, elles correspondent à cette idée de « *contrat social* » de Rousseau car elles permettent la prise de conscience en énonçant des règles communes. Le contrat correspond ainsi parfaitement aux attentes actuelles de responsabilisation et de compromis. Le renouveau du contrat trouve sa source dans la remise en cause des procédés unilatéraux d'actions. La loi est l'expression de la volonté générale, alors que le contrat lui « *fonde la société*²⁵⁸ » par le flux de devoirs et de droits générés et nécessite l'adhésion, « *incite sans contraindre*²⁵⁹ ». C'est une autre façon d'organiser la société en incluant les citoyens.

Néanmoins, le contrat n'a pas pour seul avantage son adéquation avec les tendances actuelles : il est également un atout économique, un « *levier de modernisation* ». Il permet par la concertation qu'il impose et la prise en compte des individualités qu'il suppose de dynamiser l'État, de moderniser ce dernier et de répondre à la compétitivité par une gestion des ressources humaines assouplie. Notamment, dans les relations de travail le contrat est incontournable, les rapports sont individualisés et les performances favorisées tout en gardant un cadre très protecteur pour le co-contractant. Le Conseil d'État le rappelle dans son rapport : l'intérêt porté au contrat n'est pas fatalement l'expression d'une défaveur envers la loi et ses corollaires puisque, dans les relations de travail par exemple, le contrat complète la loi ou y déroge, mais s'articule nécessairement autour de la norme d'expression de la volonté générale car « *il ne peut y avoir de loi sans concertation ou négociation préalable* ».

L'attractivité du contrat s'explique ainsi de différentes façons et ses manifestations sont toutes aussi prolifiques. On retrouve de très nombreux contrats dans différents domaines : dans l'action sanitaire et sociale, l'emploi, la culture, l'éducation, le sport ou encore les relations

²⁵⁸ Conseil d'État, *le contrat mode d'action publique et de production de normes, rapport public de 2008 : activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives, op. cit.*, n° 59, p 8

²⁵⁹ *Ibid.*, p 8

internationales²⁶⁰. Parmi ces contrats il y a, à titre d'exemple, les « contrats de performance », les « contrats de plan État-régions » mais aussi les « contrats doctoraux ». Cette attractivité caractérisée par la prolifération de nouveaux contrats d'année en année s'est toutefois étayée et construite avec le temps. Comme l'explique Laurent Richer²⁶¹, cette attractivité peut « étonner » au regard de l'histoire puisque le contrat ne semblait pas envisagé comme un procédé utile afin de renforcer l'efficacité de l'action de l'État. Au début de la Vème République les préoccupations s'articulaient autour du renforcement de l'autorité de l'État : la prérogative de puissance publique était ainsi préférée au consentement et à la prise en compte de la volonté de l'administré. Ainsi, le rapport Armand Rueff en 1959 où figurent de nombreuses propositions de réformes, notamment concernant l'action publique, ne mentionne aucunement le procédé contractuel qui semble contraire à l'assise de l'autorité de l'État souhaitée à l'époque. Laurent Richer identifie « trois grandes étapes » dans la réintroduction du procédé contractuel. La première phase est celle de « l'économie contractuelle » entre les années 1960-1982. Le procédé contractuel se retrouve avec les conventions de plan et « le développement d'un régime conventionnel des prix ». La deuxième période s'étend entre les années 1982 et 1992 et concerne l'administration territoriale. Les contrats se développent particulièrement dans le domaine de l'enseignement supérieur par exemple ; on retrouve également les contrats de plan État-régions ou encore les conventions de mise à disposition de services développant ainsi la coopération contractuelle entre les collectivités locales. La dernière vague identifiée par Laurent Richer est celle de « l'époque du tout contractuel » entre 1992 et 2002. Pour le Professeur Laurent Richer, la période est la plus prolifique dans l'utilisation du procédé contractuel puisque « le contrat s'introduit presque dans tous les domaines » mais la période se caractérise toutefois par deux éléments. Le premier concerne le « contrat statutaire » : la convention s'immisce dans les institutions pour la création de service public. La deuxième caractéristique de la période réside dans le « contrat d'objectif », « sous l'influence du management des entreprises privées ». Bien qu'ils fussent auparavant déjà utilisés, ces contrats se sont toutefois multipliés durant ces années et on retrouve par exemple des contrats d'objectifs entre l'État et les organismes de sécurité sociale ou encore entre l'État et les agences régionales hospitalières. Bien que l'article date de 2003, on peut pourtant considérer que l'on est encore dans l'ère du tout contractuel. De 2002 à aujourd'hui, le tout contractuel semble avoir perduré et a même gagné davantage de terrain. Néanmoins, une remise en question du contrat a également germé parallèlement.

²⁶⁰ PERES (Cécile), « Du contrat public en général et du *rescrit contractuel* en particulier », in : *Revue Des Contrats*, 1^{er} Janvier 2009, n°1, p 17

²⁶¹ RICHER (Laurent), « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », in : *AJDA*, 2003, p 973

28 – La remise en cause du contrat administratif

« *Le seigneur féodal n'est pas un prince qui commande en vertu d'un imperium ; il est un contractant qui demande l'exécution des services promis en échange des services qu'il a promis à lui-même. On ne trouve plus de traces du mot imperium dans les textes de l'époque, mais un mot bien caractéristique la concordia, qui doit unir tous les hommes, les puissants et les faibles, par une série de droits et de devoirs réciproques* »²⁶².

En mythologie la Concordia est la déesse de la concorde civile. Comme l'exprime cette citation de Léon Duguit, le contrat symbolise la concorde, s'opposant à l'imperium, le pouvoir ou le commandement. Le contrat véhicule donc l'idée d'une union de volontés, d'une bonne entente²⁶³. Comme cela a été étudié, le contrat est devenu un outil privilégié de l'administration. Toutefois, une remise en cause de ce dernier gronde pour des raisons toutes aussi diversifiées que celles caractérisant son attractivité.

Le contrat est utilisé pour sa fonction curative. Tel un remède miracle, lorsque les réformateurs se trouvent face à une difficulté, ces derniers n'hésitent pas à utiliser le contrat comme mode de résolution des problèmes. La convention apparaît ainsi comme « *anti-conventionnelle* »²⁶⁴, se démarque et laisse transparaître une impression de nouveauté et d'audace. Pourtant, l'élixir contractuel ne fonctionne pas toujours et la fonction curative ne parvient pas à la concorde. D'une part, le recours systématique au contrat fait échapper le caractère audacieux des réformes l'utilisant ; d'autre part, la mention répétitive du contrat comme solution pour tout problème laisse penser à un manque de propositions criantes des réformateurs. Solution de facilité, le contrat est devenu l'alibi parfait des « *réformateurs aux idées courtes qui renvoient les solutions à plus tard et préfèrent le redéploiement des moyens à leur augmentation* »²⁶⁵.

L'autre fonction du contrat justifiant son recours répété mais également un certain scepticisme à son égard est son dynamisme. Le contrat modernise, il renvoie à des idées positives d'accord de volonté, ou de compromis. Néanmoins, puisque ce dernier se développe dans la plupart des réformes et propositions, l'effet modernisant s'estompe au profit d'une certaine banalisation. Le contrat perd de son attrait, de son audace. La banalisation efface non

²⁶² DUGUIT (Léon), *Les transformations du droit public, op. cit.*, p. 4

²⁶³ www.larousse.fr

²⁶⁴ RICHER (Laurent), « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *loc. cit.*

²⁶⁵ *Ibid.*

seulement le caractère dynamisant, mais également entraîne, par la multitude de contrats proposés, une hétérogénéité vectrice de confusion. Dans la catégorie « contrat » se cachent parfois des conventions qui n'en sont pas, voire même des actes unilatéraux. Comme l'explique Jean-Marie Pontier concernant les contrats de plan État-régions²⁶⁶, très emblématiques de la période du « *tout contractuel* », la contractualisation cache des « *faux contrats* » que le juge requalifiera d'actes unilatéraux déguisés en raison de leur manque de consensualisme et d'engagement juridique malgré leur aspect contractuel bien imité.

L'autre élément alimentant une certaine remise en cause du contrat est son détournement. Le domaine et le régime du contrat semblent détournés. Concernant le domaine du contrat, ce dernier intervient là où, *a priori*, on ne l'attend pas : le contrat prend la place parfois de la décision administrative unilatérale, voire, lorsque la loi le prévoit, il peut se substituer à cette dernière. Le régime du contrat est également l'objet de questionnements. Le contrat symbolise le « *juste* », l'accord de volontés, et représente l'égalité. Néanmoins, on ne peut qualifier les rapports d'égaux ; et l'équilibre est précaire. Mais au-delà des contradictions juridiques, certaines pratiques jugées par certains discutables ajoutent à la discorde. Le recours répété au contrat entraîne sa banalisation, les violations par l'État des accords qu'il conclut conduisent à la méfiance, « *la propagande* »²⁶⁷ faite en vertu du procédé contractuel amène à la suspicion. Les pratiques entraînent ainsi inévitablement une certaine crise du contrat. À force de louer avec démagogie ses vertus, on arrive au résultat contraire : une propagande anti-contractuelle.

« *On a compris que le Contrat social de Jean-Jacques Rousseau, qui a enthousiasmé plusieurs générations d'hommes, au nom duquel s'est faite la Révolution, n'est, derrière la splendeur du style, qu'un tissu de sophismes* »²⁶⁸. Comme l'écrivait Duguit dans l'ouvrage cité précédemment : « *Les transformations du droit public* »²⁶⁹, une certaine désillusion et prise de conscience sont avant tout à l'origine de la discussion autour du contrat. Les contrats passés, dont beaucoup concernent l'État et les collectivités locales, ne consacrent qu'un équilibre provisoire, dans l'attente de meilleures garanties. Les promesses du contrat ne sont pas atteintes, dans certaines situations on ne peut que difficilement traiter d'égalité, de dialogue et de compromis. La liberté contractuelle semble parfois unilatérale et a bien souvent vocation à contenir et restreindre, ce qui semble une utilisation opposée au procédé contractuel que l'on rêvait dans l'écriture de Rousseau.

²⁶⁶ PONTIER (Jean-Marie), « Des CPER aux CPER : les contrats de projets 2007- 2013 », in : *AJDA*, 2008, p 1653

²⁶⁷ RICHER (Laurent), « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *loc. cit.*

²⁶⁸ DUGUIT (Léon), *Les transformations du droit public*, *op. cit.*, p 19

²⁶⁹ *Ibid.*, p 19

Enfin, le contrat administratif et son particularisme « à la française » plient également sous l'influence du droit de l'Union européenne. Si la théorie administrative du contrat reprend la synthèse civiliste dans son ensemble, les dérogations au droit commun des contrats s'estompent face au droit de l'Union qui tend à un rapprochement entre le contrat de droit privé et le contrat de droit public. En guise d'exemple, la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives²⁷⁰ est éclairante. Les contrats qui sont conclus en droit français selon des règles différentes se trouvent appréhendés de la même manière par le droit de l'Union. La distinction entre contrats de droit public et de droit privé se trouve ainsi atténuée. Cela est accueilli de différentes manières : pour certains cela est nécessaire pour que les contrats administratifs « *soient vraiment des contrats* »²⁷¹ ; pour d'autres, la perspective d'un changement des particularismes par le droit de l'Union est une menace récurrente pour notre droit français dépossédé de son identité, qui méconnaît de plus les imbrications et raisons de chaque dérogation.

B – La réappropriation du contrat en droit de la fonction publique

La réappropriation et l'attractivité du contrat dans la fonction publique seront traitées plus longuement ultérieurement ; toutefois, le succès contractuel (1) ainsi que les critiques formulées à l'encontre de la convention en droit administratif se retrouvent logiquement en droit de la fonction publique (2).

1 – Un contrat de recrutement en expansion

29 – L'attractivité du contrat en droit de la fonction publique

Le contrat dans la fonction publique est aussi l'objet d'une réappropriation. Délaisse au profit du statut, le contrat perdure toutefois dans la fonction publique. Comme cela a déjà été exposé, dans son rapport de 2013 la DGAFP compte 16.8 % d'agents contractuels (hors contrats aidés) pour l'année 2011, contre 14.3 % en 2004. L'augmentation des effectifs est donc de 2.5 % par an en moyenne²⁷². Les données démontrent que la part d'agents non titulaires contractuels dans la fonction publique a augmenté en sept ans : les chiffres témoignent d'un nouvel engouement pour le contrat dans la fonction publique. Toutefois, l'accroissement n'est pas significatif car les effectifs semblent se stabiliser. L'augmentation

²⁷⁰ Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, , concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO n° L 095 du 21/04/1993, p 0029-0034, article 2 : « *Aux fins de la présente directive, on entend par : C : "professionnel" : toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée* ».

²⁷¹ RICHER (Laurent), *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p 39

²⁷² DGAFP, rapport, « Faits et chiffres l'essentiel », 2013

est donc mesurée, à appréhender de façon relative, tout comme la réappropriation du contrat en droit de la fonction publique qui n'est pas, à l'image du contrat administratif, synonyme d'une consécration sans concession.

L'attractivité du contrat dans la fonction publique sera abordée ultérieurement lors de l'examen des caractéristiques propres aux trois fonctions publiques notamment, mais une réponse à cette question peut être envisagée au regard des éléments évoqués précédemment concernant le contrat administratif. Le contrat en droit de la fonction publique semble séduire pour les mêmes éléments relevés concernant le contrat administratif. En droit de la fonction publique, le contrat véhicule également des idées de modernité ou encore d'audace. Le contrat est au cœur de toutes les réformes visant à moderniser la fonction publique, car il semble l'outil privilégié pour la dynamiser.

2 - Un contrat de recrutement critiqué

30 - La souplesse privilégiée au détriment du dialogue

Le contrat symbolise aussi dans la fonction publique le compromis et le dialogue qui semblent impossibles avec le statut qui ne permet pas au cocontractant d'exprimer ses volontés. Toutefois, l'écoute des besoins de l'agent recruté n'est certainement pas la motivation première, la liberté et la souplesse offertes par le contrat constituant de plus importants atouts de séduction. L'appréhension des situations de façon individuelle, la construction d'un cadre individualisé, permettent ainsi de prendre en compte les performances des agents, comme avec la loi du 5 juillet 2010 et la création de la prime à la performance collective, mais aussi les difficultés que peuvent rencontrer les agents. C'est l'aspect dynamisant du contrat qui constitue une grande partie de son attractivité, car le dynamisme induit la modernisation et la compétitivité que l'on ne cesse d'invoquer au fil des propositions et rapports présentés concernant la fonction publique. Le contrat s'introduit dans la fonction publique, mais il apporte avec lui sa culture, comme celle de la performance, avec pour conséquence une influence sur les rapports de travail. Certains s'inquiètent quant aux répercussions négatives de la performance et sa récompense puisque comme l'écrivait Alain Supiot en 1989 : « *Le salaire au mérite sape la dignité dans le rapport au pouvoir, puisqu'il place les agents dans un rapport de subordination individuelle vis-à-vis de leurs supérieurs hiérarchiques, ce qui fait redouter la servilité des uns et l'arbitraire des autres, et ce qui déstabilise les collectifs de*

travail »²⁷³. Le contrat s'avère donc un outil de gestion des ressources humaines efficace pour certains, mais une véritable menace pour d'autres.

Si les effectifs d'agents contractuels, bien que stabilisés aujourd'hui, ont augmenté de façon considérable depuis une vingtaine d'années, il en est de même quant à la présence du contrat dans les textes de lois ou les rapports qui semblent pour beaucoup l'identifier à une « solution miracle ».

Le contrat qui était envisagé de façon temporaire puisque dérogeant au principe statutaire, s'avère finalement loin d'être une nouveauté et amène progressivement à la conclusion qu'il fait partie de la fonction publique et que son utilisation bénéficie d'une assise conséquente. S'écartant du particularisme de la fonction publique caractérisant cette dernière, il n'a pourtant, comme cela a été étudié dans une approche historique, jamais quitté la fonction publique que ce soit dans la pratique comme dans le travail intellectuel qui revient bien souvent au débat acharné entre le statut et le contrat. Le contrat apparaît même comme l'outil miracle, l'échappatoire aux complications, la solution optimale et bénéficie d'une attention particulière et d'une utilisation récurrente dans le jeu politique.

Chapitre 2 : Le statut à l'épreuve du recrutement contractuel dans la fonction publique

Les fondements du recrutement contractuel ont apporté l'éclairage nécessaire afin de comprendre l'installation durable et pérenne de la convention dans la fonction publique. Le recrutement contractuel est présent dès les origines de la fonction publique, il suscita débat et alterna bien souvent intérêt et désamour. Toutefois, si l'utilisation pérenne du contrat peut se démontrer au regard de l'histoire ou dans la construction de la fonction publique, elle se constate également lorsque l'on se tourne vers l'avenir, la fonction publique de demain. En effet, dès que l'on traite de changements ou de modernisation de la fonction publique, la présence contractuelle semble omniprésente dans les propositions apportées concernant l'avenir de la fonction publique. Ainsi, le statut se retrouve confronté au recrutement contractuel, avec des propositions émanant des rapports ou des dispositions législatives qui, tantôt, s'opposent au statut (section 1), tantôt, consacrent ce dernier (section 2). Progressivement le contrat est au centre des préoccupations, devenant un véritable symbole d'une approche gestionnaire en construction.

²⁷³ SUPIOT (Alain), « La crise de l'esprit de service public », in : *Droit Social*, n° spéc., décembre 1989, p 777-783

Section 1 : La confrontation à l'approche statutaire

Deux éléments démontrent de façon distincte une certaine opposition au statut et une préférence envers le recrutement contractuel. Tout d'abord, les propositions issues des différents rapports présentés afin de traiter des perspectives pour la fonction publique (1§). Ensuite, la construction législative est également très démonstrative. Bien souvent en conformité avec les propositions émises dans les rapports, les dispositions législatives démontrent elles aussi une certaine défiance envers l'approche statutaire (2§). Dans les rapports, comme dans les différentes lois, il semble que le contrat soit préféré au statut. En effet, les nouvelles exigences, en termes de compétitivité ou de concurrence, semblent contraindre à envisager une fonction publique renouvelée, modernisée, et le recrutement contractuel apparaît comme un levier efficace afin de poursuivre les nouveaux impératifs. Peu à peu, se distingue une nouvelle idéologie axée sur la gestion, mettant à l'épreuve l'approche statutaire.

1 § Les propositions défavorables au statut émanant des rapports

Beaucoup de rapports traitant de la fonction publique, de son évolution ou de sa modernisation, ont été présentés. Néanmoins trois seront retenus : le rapport dit « Pochard » de 2003, « Perspectives pour la fonction publique »²⁷⁴, le livre blanc sur « L'avenir de la fonction publique » présenté par Jean-Ludovic Silicani en 2008²⁷⁵ et enfin le rapport rédigé par Bernard Pêcheur en 2013 traitant toujours de la fonction publique et de ses orientations futures²⁷⁶. Les rapports traitant de la fonction publique de demain se distinguent par deux éléments : d'une part, une modernisation conduite par la généralisation de l'instrument contractuel (A) ; d'autre part, par la poursuite d'un nouvel objectif : la « gestionnarisation » de la fonction publique (B).

A – Une fonction publique modernisée via l'instrument contractuel

L'objectif des différents rapports présentés est d'émettre des propositions afin de moderniser la fonction publique. La modernisation est devenue une exigence indépassable, suggérant que l'approche statutaire est désormais obsolète lorsque l'on traite de renouveau de la fonction publique ou d'exigences bien contemporaines comme celles tenant à la compétitivité par

²⁷⁴ Conseil d'Etat, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n° 54

²⁷⁵ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008

²⁷⁶ PECHEUR (Bernard), *Rapport sur l'avenir de la fonction publique*, Bibliothèque des rapports publics, La documentation française, 2013

exemple. Cette critique dissimulée se constate de manière plus évidente dans la difficile distinction entre l'impératif de modernisation et le recrutement contractuel, apparaissant comme l'outil privilégié afin de répondre aux exigences. Les rapports présentés utilisent parfois une méthode assez similaire. D'une part, afin de moderniser la fonction publique, il est nécessaire de mettre à plat toutes les critiques dont elle est l'objet. Mais aussi, on ne peut traiter de renouveau sans promouvoir une certaine ouverture, notamment avec les autres branches du droit comme le droit du travail (1). D'autre part, la fonction publique de demain ne peut se dissocier du recrutement contractuel, objet de nombreuses propositions (2). L'omniprésence du contrat met ainsi à l'épreuve l'approche statutaire, qui se retrouve menacée ou écartée lorsque l'on se projette.

1 – Le préalable à la modernisation de la fonction publique : l'élaboration d'un bilan intransigeant

31 – L'énonciation détournée de critiques statutaires

Comme cela a été indiqué précédemment, trois rapports seront examinés. Si les trois rapports sont bien différents, ils adoptent toutefois une démarche commune et émettent des propositions parfois défavorables au statut. Le rapport public du conseil d'État de 2003 « *Perspectives pour la fonction publique* »²⁷⁷ fut accueilli de façon mitigée. La réflexion sur la fonction publique proposée se plaça elle-même au cœur de la guerre que le rapport dénonçait pourtant opposant les dénonciateurs d'une fonction publique « *bureaucratique, dépassée de toutes parts, mais qui refuse d'évoluer, au risque de scléroser l'appareil politico-administratif et de compromettre la compétitivité de la France* »²⁷⁸, désireux de réformer en profondeur le modèle actuel, et les fervents défenseurs d'un modèle « *garant de l'impartialité de l'administration et de l'égalité d'accès au service public, qui sont les conditions de la cohésion sociale, de telle sorte que proposer de revoir le statut, sous quelque forme que ce soit et en quelque élément que ce soit, revient à s'en prendre à tout un modèle de société* »²⁷⁹. Le livre blanc de Jean-Ludovic Silicani rendu public en 2008²⁸⁰ poursuit la logique amorcée dans le rapport public du Conseil d'État de 2003, en allant encore plus loin et en exploitant la ligne de réflexion de façon décomplexée. Dans une interview en 2008 dans *Politiques et management public* Marcel Pochard énonce lui-même que « *le récent rapport Silicani s'inscrit en droite ligne du rapport du Conseil d'État de 2003* ». Il ajoute que « *si son*

²⁷⁷ Conseil d'Etat, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n° 54

²⁷⁸ *Ibid.*, p 239

²⁷⁹ *Ibid.*, p 239

²⁸⁰ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008

élaboration a pu se faire dans un contexte de débat constructif avec les organisations syndicales » cela fut possible « parce que les questions de fond avaient été posées en 2003, qu'elles avaient eu le temps de mûrir et de faire leur chemin dans les esprits »²⁸¹. Encore une fois, l'accueil est partagé jugeant le rapport de véritable « commande gouvernementale ». Le troisième rapport examiné est celui rédigé par Bernard Pêcheur en 2013²⁸². Le rapport traite toujours de « l'avenir de la fonction publique », néanmoins, si ce dernier reprend certaines des thématiques et propositions émises en 2003 et 2008, il se distingue pourtant des autres rapports en employant une autre méthode et en s'éloignant de la logique dégagée auparavant. Les trois rapports commencent chacun par un état des lieux, en énumérant les différentes critiques des administrés qu'il faut prendre en compte afin de proposer des changements en conformité avec les attentes de ces derniers. Dès les premières lectures des rapports, la méthode choisie peut paraître étonnante. On ne peut s'empêcher de s'interroger quant à la volonté sous-jacente, se demandant s'il s'agit réellement de recenser les critiques afin d'envisager une fonction publique renouvelée, ou de distiller au contraire les stéréotypes et critiques dont le statut est victime. Par exemple, le rapport Pochard de 2003 formule trois critiques : tout d'abord, l'image dégradée et stéréotypée du fonctionnaire, ensuite le caractère excluant d'une fonction publique qui s'isole et enfin le corporatisme²⁸³. Outre les critiques synthétisées des administrés, le rapport dénonce également de nombreux éléments : une gestion bureaucratique peu anticipatrice, une gestion exagérément égalitariste, une utilisation désordonnée des souplesses de la flexibilité externe²⁸⁴, etc... Les raisons de ces « défaillances » sont diverses : elles découlent d'une « dérive coutumière des textes »²⁸⁵ et elles sont d'ordre statutaire et organisationnel, se manifestant par un cloisonnement des nombreux corps, un dispositif rigide ou encore une centralisation néfaste. Comme le rapport public de 2003, le livre blanc consacre toute sa première partie à l'élaboration d'un constat, en présentant le « paysage »²⁸⁶ actuel de la fonction publique et en établissant « un diagnostic »²⁸⁷ de cette dernière. Pour Jean-Ludovic Silicani, il est aujourd'hui primordial de prendre en considération le contexte européen et mondial. Encore une fois, deux conceptions s'opposent, celle envisageant la fonction publique comme « l'archétype de l'excellence

²⁸¹ <http://pmp.revues.org/1358>

²⁸² PECHEUR (Bernard), *Rapport sur l'avenir de la fonction publique*, Bibliothèque des rapports publics, La documentation française, 2013

²⁸³ Conseil d'Etat, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n° 54, p 242 à 244

²⁸⁴ *Ibid.*, p 254 à 257

²⁸⁵ *Ibid.*, p 259

²⁸⁶ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 19

²⁸⁷ *Ibid.*, p 71

française »²⁸⁸, et l'autre bien plus critique considérant qu'elle « *n'est plus qu'une façade cachant mal des réalités bien différentes ; elle n'est plus adaptée au monde moderne et elle constitue même un fardeau écrasant pour la France et pour les Français* »²⁸⁹. L'énoncé est le même que celui de Marcel Pochard, toutefois le constat de J.-L. Silicani est encore plus cinglant et les critiques relevées sans concession. L'auteur du livre blanc conclut concernant ces deux écoles qu'« *il s'agit là de deux visions d'une même réalité perçue, dans les deux cas, comme insatisfaisante* »²⁹⁰, l'une pour sa vision idéalisée d'un passé révolu, et l'autre pour sa conception d'un futur bien trop pessimiste. Si les deux thèses opposées trouvent chacune des arguments forts, certaines démonstrations demeurent incorrectes et incomplètes, donc « *guère pertinentes pour un pays comme la France, en ce début de III^e millénaire* »²⁹¹. Les constats sont ainsi sans appel, et dissimulée derrière une nécessaire honnêteté, une défiance envers le statut est toutefois bien exprimée. Cet élément a toute son importance, puisque la défiance statutaire commence par une mise à mal idéologique, où une idée dégradée du statut se distille, par le biais notamment de clichés et d'images stéréotypées. Toutefois, la méthode employée semble se distinguer dans le rapport Pêcheur, puisque le rapport commence, comme il est d'usage, par l'exposé des principes, le constat de la fonction publique actuelle et l'énonciation des points directeurs étudiés. Bernard Pêcheur est très clair quant au statut et affirme dès l'introduction qu'il ne s'agit pas de dénigrer ce dernier car « *le choix d'une fonction publique statutaire demeure pertinent. Toutefois les dérogations ne sont justifiées que si et dans la mesure où l'intérêt public le commande* »²⁹². Le rapport Pêcheur, contrairement aux deux autres rapports le précédant, ne s'attarde pas sur les critiques adressées au statut.

Ainsi, dès les simples constats dressés dans les rapports, l'opposition au statut est vive. La démarche, bien que dissimulée, se distingue et il apparaît alors évident que les propositions émises ne seront pas nécessairement favorables au statut, bien au contraire. La prise de position semble alors immédiate, et l'orientation est claire. Un manque d'objectivité pourrait dès lors s'en ressentir. Un autre élément apparaît important : le rapport Pêcheur, dès le commencement, semble se distinguer des autres rapports. La méthode semble moins offensive, et l'opposition au statut est moins évidente.

²⁸⁸ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 13

²⁸⁹ *Ibid.*, p 13

²⁹⁰ *Ibid.*, p 14

²⁹¹ *Ibid.*, p 14

²⁹² PECHEUR (Bernard), *Rapport sur l'avenir de la fonction publique*, Bibliothèque des rapports publics, La documentation française, 2013, p 2

Le processus de modernisation ne peut s'amorcer sans l'énonciation d'un état des lieux de la fonction publique. Comme cela a été précisé précédemment, les constats sont aussi l'occasion de distiller à nouveau les clichés attachés à la fonction publique et à l'approche statutaire. Un autre élément semble indissociable de l'objectif de modernisation : la nécessaire conciliation du droit de la fonction publique avec les autres branches du droit. Une fois encore, le rappel d'une nécessaire ouverture de la fonction publique aux autres branches du droit peut faire l'objet d'une double lecture. D'une part, il est peut-être question de promouvoir l'ouverture, les échanges, pour une fonction publique renouvelée ; d'autre part, il s'agit peut-être davantage de préparer à des changements souhaités mais non affirmés : une fonction publique davantage tournée vers une approche gestionnaire empruntant au droit du travail ou encore au système d'emploi. Le rapport Pochard de 2003 soulève ainsi les questionnements précités. Le rapport préconise des changements « fondamentaux » que la fonction publique doit, pour les rédacteurs, nécessairement opérer afin d'évoluer positivement : en admettant « *que la capacité concurrentielle de la France dépend autant de la performance des services publics que de la maîtrise de l'évolution des dépenses publiques* »²⁹³, en reconnaissant « *La nécessaire adaptation des règles de gestion de la fonction publique aux exigences de la gestion des ressources humaines* »²⁹⁴, et en conciliant le droit de la fonction publique avec d'autres branches du droit. Dans les axes fondamentaux présentés dans le rapport de 2003, on retrouve ainsi un corpus d'éléments regroupant les exigences nouvelles telles que la concurrence, la gestion des ressources humaines et enfin l'ouverture de la fonction publique vers les autres branches du droit. La conciliation du droit de la fonction publique avec les autres branches fait ainsi partie d'un processus, non affirmé ou nommé, procédant à une certaine « gestionnarisation » de la fonction publique, défavorable à l'approche statutaire. Le livre blanc de 2008 va, quant à lui, encore plus loin puisqu'il préconise de mettre en place « *une fonction publique de métiers* »²⁹⁵. Le rapport Pochard ne nommait pas distinctement le délaissement du système de carrière au profit du système d'emploi, le livre blanc quant à lui semble l'aborder de façon décomplexée. Toutefois, il ne s'agit pas de dénigrer le statut « *auquel est attaché l'ensemble des organisations syndicales et les agents publics* »²⁹⁶, car il

²⁹³ Conseil d'Etat, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n° 54, p 259, p 250

²⁹⁴ *Ibid.*, p 259, p 253

²⁹⁵ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 95

²⁹⁶ *Ibid.*, p 101

peut constituer « *un régime moderne et efficace* »²⁹⁷ à condition que « *l'on respecte ses fondements* »²⁹⁸, ce que les dysfonctionnements énumérés dans le livre ne semblent pas permettre. La question se pose ainsi de savoir si l'ouverture est bien l'objectif poursuivi, ou s'il s'agit davantage d'une assimilation progressive visant à gommer l'approche statutaire.

2 – La modernisation de la fonction publique : le contrat comme outil privilégié

33 – L'atténuation du particularisme de la fonction publique

Dans les rapports, les principales propositions traitent du recrutement contractuel et de la place octroyée au contrat dans la fonction publique. Dans la prospective, on ne peut envisager la fonction publique sans le contrat. Bien évidemment, il découle deux effets de cette première constatation : d'une part, il est à nouveau démontré que le contrat est installé durablement dans la fonction publique ; d'autre part, le statut semble mis à l'épreuve par le recrutement contractuel. Le particularisme de la fonction publique occupe ainsi une place importante dans le débat : doit-on évincer, modeler ou écarter le particularisme ? Le rapport Pochard, tout d'abord, répond à cette question. Le droit de la fonction publique s'écarte du droit commun, du droit du travail, et cette particularité est souvent remise en cause avec l'appui de modèle comme l'exemple anglo-saxon notamment. Les interactions répétées et la convergence d'évolution entre le droit de la fonction publique et le droit du travail invitent au questionnement, toutefois le rapport précise : « *Dans ces conditions, la situation actuelle n'appelle peut-être pas aujourd'hui une orientation aussi tranchée. L'opinion publique comme les agents eux-mêmes, tout en souhaitant une évolution, sont certainement plus ouverts à une réforme interne en profondeur qu'à la mise en place d'un système dual de fonction publique* »²⁹⁹. Le rapport ne sonne donc pas le glas du particularisme ; toutefois, il préconise de le modeler, de rendre les particularités plus effectives en prenant en compte leur réduction progressive face aux échanges persistant entre le droit du travail et le droit de la fonction publique. Il s'agit dès lors d'une réponse partielle, plutôt contradictoire. En effet, le rapport Pochard affirme l'attachement au particularisme de la fonction publique, tout en préconisant d'adapter ce dernier aux nouvelles exigences. Il n'est pas question dès lors de consacrer le particularisme, et les premières nuances apportées semblent préfigurer une remise en question encore non affirmée, ou une disparition progressive du particularisme. Le Livre blanc de J.-L. Silicani, ensuite, va plus loin que le rapport Pochard de 2003. En effet, le

²⁹⁷ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 101

²⁹⁸ *Ibid.*, p 101

²⁹⁹ Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Études et documents du Conseil d'État », n° 54, p 259, p 317

particularisme est clairement remis en question puisque, dans le rapport, il est préconisé d'atténuer les différentes frontières et distinctions entre le secteur privé et le secteur public. Le Livre blanc propose ainsi de mettre en place une « *fonction publique de métiers* »³⁰⁰, en délaissant le système de carrière au profit du système d'emploi. Toutefois, la méthode employée dans le livre blanc semble bien différente de celle mise en œuvre dans le rapport Pochard. Contrairement au rapport de 2003 où l'on relevait des difficultés tenant au particularisme et à sa conservation tout en affirmant le nécessaire attachement à ce dernier, le Livre blanc tente de démontrer que le particularisme est d'ores et déjà obsolète. En effet, il est ainsi affirmé qu'il n'existe pas d'incompatibilité entre la fonction publique française et les exigences européennes : « *les conceptions française et communautaire du service public, quelle qu'en soit par ailleurs la dénomination, sont aujourd'hui, sinon identiques, du moins suffisamment compatibles pour laisser à chaque État une marge d'appréciation significative afin de définir son propre mode d'organisation en la matière* »³⁰¹. Autrement dit, la question du particularisme est presque résolue, puisque les conceptions française et européenne sont compatibles, voire « identiques ». On tenterait dès lors de s'attacher à une distinction, une préférence tournée vers un modèle, qui n'existerait plus. Enfin, le rapport Pêcheur de 2013 apparaît comme une synthèse des propositions relevées dans les deux rapports le précédant. Le rapport Pêcheur démontre, d'une part, à l'appui d'exemples issus du droit comparé, que le choix du particularisme ou encore la préférence à destination du système de carrière est loin d'être une exception française, pour preuve la majorité des États ont même opté pour ce système. D'autre part, il est préconisé d'envisager le statut comme un levier de motivation pour les fonctionnaires et non de le limiter à un *a priori* erroné de rigueur assortie de privilèges. De plus, il est également précisé que le régime de carrière est cohérent en termes de gestion des ressources humaines, néanmoins concernant le particularisme et la dérogation au droit commun, un manque de clarté obstrue le message, une des propositions étant la suivante : « *le régime d'emploi des agents publics doit déroger au droit commun lorsque cela est nécessaire* »³⁰².

34 – L'impossible éviction du recours aux agents contractuels

Dans les trois rapports, malgré des différenciations et des logiques parfois contraires, le recrutement contractuel est omniprésent. Toutefois, la place accordée au contrat diffère : il

³⁰⁰ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 95

³⁰¹ *Ibid.*, p 31

³⁰² PECHEUR (Bernard), *Rapport sur l'avenir de la fonction publique*, Bibliothèque des rapports publics, La documentation française, 2013, p 72

devient principe ou modèle pour certain, et demeure exception pour d'autres, mais sa présence persiste. Cela s'explique par plusieurs éléments : tout d'abord, en raison de la prise en compte des situations actuelles. On ne peut nier la présence relativement importante d'agents contractuels et l'abandon franc et direct du contrat amènerait diverses conséquences, comme une vague importante de nouvelles titularisations, par exemple, ce qui paraît inenvisageable. Ensuite, le deuxième élément expliquant la présence du contrat réside dans le fait qu'il ne s'agit plus de réfléchir à la pérennisation ou non de la convention, qui est, de fait, pérenne. Les rapports en témoignent : le mode de recrutement contractuel d'abord envisagé de manière temporaire est désormais installé de façon durable dans la fonction publique. Telle est la principale information découlant de la lecture des rapports : malgré les volontés politiques, le choix tourné vers un modèle, on ne peut désormais écarter le recours aux agents contractuels. Le rapport Pochard de 2003 traite du contrat individuel. La réflexion s'articule autour de la frontière, « *trop tranchée* »³⁰³ mais pourtant friable entre le fonctionnaire et le contractuel, entre une fonction publique *a priori* fermée mais qui est contrainte *a contrario* de s'ouvrir. Il s'agit ainsi de savoir si l'on doit encourager le recours aux agents contractuels. Pour le Conseil d'État, si de nombreux employeurs publics ont manifesté leur souhait de voir le recours aux contractuels s'assouplir, « *plusieurs raisons peuvent inciter à ne pas aller dans ce sens* »³⁰⁴. Une des raisons expliquant la réticence quant au développement du recrutement contractuel est relative à une certaine contradiction, entre le fait de considérer le statut comme une garantie permettant le bon exercice des fonctions publiques, et d'accepter que se développe en marge de cette protection une autre fonction publique, que certains nomment même « sous-fonction publique ». Une fois encore, le rapport Pochard est prudent : si le recours aux agents contractuels doit demeurer, il ne convient pas, toutefois, de généraliser ce dernier. Le rapport de 2003 propose une réponse aménagée, conciliant statut et contrat : si le recours aux contractuels et son développement ne sont pas souhaitables, la réintroduction du contrat de fonction publique ainsi que l'idée d'un contrat d'affectation sur emploi avec un fonctionnaire titulaire pourraient satisfaire les exigences en termes de gestion : « *On retrouverait, en quelque sorte, et pour partie au moins, la vieille notion de "contrat de fonction publique" qui, comme on l'a montré plus haut, a inspiré jusqu'au début du XXe siècle non seulement la doctrine, mais aussi, ponctuellement, le Conseil d'État, dans l'arrêt Winkell, et dont il est assez normal qu'elle renaisse au moment où il est question d'une*

³⁰³ Conseil d'Etat, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n° 54, p 340

³⁰⁴ *Ibid.*, p 341

gestion plus personnalisée et plus fonctionnelle des agents publics. Les difficultés nées de l'application de ce contrat relèveraient du juge administratif du contrat »³⁰⁵.

Contrairement au rapport de 2003, Le livre blanc de 2008 consacre davantage le recours au contrat et exprime bien moins de réticences lorsqu'il s'agit de traiter de la généralisation du recours à la convention. En effet, en plus de prôner la mise en place d'une « *fonction publique de métiers* », comme cela a été relevé précédemment, lorsqu'il est question des agents contractuels le rapport commence par un constat. Tout d'abord, bien que les contractuels occupent une place importante dans la fonction publique, leurs perspectives professionnelles ne sont pas satisfaisantes. De plus, les cas de recours sont mal définis et peu pertinents. Pour exemple, il est évoqué dans le livre le cas de recours à des contractuels par un contrat à durée indéterminée réservé aux établissements publics et suivant une procédure des plus complexes, voire draconiennes. La proposition numéro 11 est donc la suivante : « *professionnaliser les recours aux agents contractuels* »³⁰⁶. Néanmoins Jean-Ludovic Silicani le précise, il ne faut pas voir émerger une fonction publique « duale », la professionnalisation du recours aux agents contractuels doit s'accompagner d'une conciliation plus significative du statut et du contrat, en facilitant pour les agents « *le passage réciproque entre le statut et le contrat* »³⁰⁷ comme le préconise la proposition numéro 13. Concernant le recrutement, le livre blanc énonce diverses propositions après le constat opéré comme le fait que « *la titularisation quasiment systématique à l'issue de la période de stage conduit parfois à recruter pour plus de trente ans des personnes dont les capacités sont pourtant manifestement insuffisantes ou inadaptées* »³⁰⁸, ou encore que les recrutements sans concours soient très appréciés des administrations. Il est ainsi préconisé dans le livre blanc de Jean-Ludovic Silicani de « *moderniser l'organisation générale du recrutement* » (proposition 17)³⁰⁹. Cette modernisation s'effectue en prenant en considération les différentes critiques énoncées depuis des années, comme celles autour du troisième concours qu'il convient d'étendre et de réformer (proposition 19). Néanmoins on retrouve l'idée de conciliation entre le statut et le contrat, qui s'avère constituer également un lien entre la « culture » de la fonction publique et la « culture » d'entreprise propre au secteur privé. Pour exemple, il est préconisé dans le livre « *d'affecter chaque agent dans le cadre d'une convention établie entre lui et son*

³⁰⁵ Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Études et documents du Conseil d'État », n° 54, p 343

³⁰⁶ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 112

³⁰⁷ *Ibid.*, p 116

³⁰⁸ *Ibid.*, p 122

³⁰⁹ *Ibid.*, p 123

employeur »³¹⁰ en examinant les candidatures et en étudiant les *curriculum vitae* (proposition 22). Il est également proposé « *d'organiser la sortie de la fonction publique des agents devenus inemployables ou dont la valeur professionnelle est insuffisante* »³¹¹. La modernisation de l'évaluation dans la proposition 25 et la « *sélectivité des promotions de grade* »³¹² découlant de la proposition 26 sont également abordées dans le livre blanc. Toujours dans cette même logique d'emprunt au secteur privé et à la culture d'entreprise le livre préconise de « *personnaliser la rémunération fonctionnelle en tenant compte de la difficulté du poste et des résultats de l'agent* »³¹³. On reconnaît à nouveau la méthode particulière employée dans le Livre blanc : il s'agit, sans véritablement écarter le statut, de démontrer son manque d'efficacité. En découle, dès lors, une remise en question de l'approche statutaire, et une préférence claire dirigée vers le recrutement contractuel.

Enfin, si le rapport Pêcheur tranche à nouveau avec les deux autres rapports, il ne s'agit pas non plus d'abandonner le contrat comme mode de recrutement. La valorisation et l'attachement à la logique statutaire sont réaffirmés clairement, mais certaines limites apparaissent, comme le fait de ne déroger au droit commun que dans des circonstances particulières, lorsque cela est nécessaire. Le rapport propose quant à lui d'encadrer et de limiter le recours aux agents non titulaires et contractuels.

B – Une fonction publique orientée par une approche gestionnaire

Deux éléments fondamentaux se distinguent à la lecture des rapports : d'une part, la recherche d'une fonction publique modernisée, dont le contrat apparaît comme l'instrument de prédilection ; d'autre part, l'intégration d'une certaine logique gestionnaire (1). En effet, la gestion des ressources humaines occupe désormais une place prépondérante dans la fonction publique, dont le bon exercice conditionne l'efficacité de la fonction publique. Toutefois, délaissant le particularisme et menaçant l'approche statutaire, la volonté tournée vers davantage de gestion ne semble pas affirmée. On assiste dès lors à de nombreuses contradictions, oscillant entre des propositions rassurantes confortant le statut et des préconisations malmenant de façon détournée ce dernier. Si les rapports pouvaient apparaître comme des indicateurs, de simples propositions que l'on peut suivre ou rejeter, le souhait de se détourner du statut interroge d'autant plus que les rapports présentés pourraient davantage apparaître comme de véritables commandes gouvernementales (2). Si, une fois encore, il n'est

³¹⁰ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 128

³¹¹ *Ibid.*, p 131

³¹² *Ibid.*, p 137

³¹³ *Ibid.*, p 144

pas clairement affirmé que les rapports fassent office de « test », constituant de possibles commandes gouvernementales, les volontés exprimées semblent orientées politiquement, et les distinctions entre le rapport Silicani et le rapport Pêcheur peuvent s'expliquer par le jeu politique. L'idéologie gestionnaire s'immisçant progressivement mérite ainsi d'être relevée.

1 – Une volonté suggérée : vers une « gestionnarisation » de la fonction publique

35 – Des contradictions récurrentes dans les propositions énoncées

Il est traité des propositions apparaissant défavorables au statut. De nombreuses préconisations ont été relevées pour le caractère *a priori* hostile qu'elles présentent face à l'approche statutaire. Néanmoins, il n'est pas aisé de dresser une typologie claire des propositions, dont l'exercice manichéen pourrait se contenter de deux catégories bien distinctes. En effet, les préconisations énoncées s'articulent bien souvent en deux étapes : la première vise à réaffirmer l'attachement statutaire, pour ensuite, dans une seconde étape, remettre en question ce même attachement de façon plus ou moins détournée. Autrement dit, il semble que la volonté de se détacher de l'approche statutaire ne soit pas clairement affirmée. Néanmoins, le voile s'étiole rapidement, laissant le lecteur perplexe. Dans le rapport Pochard de 2003, la méthode employée se veut conciliante : on tente d'intégrer une idée de changement avec diplomatie, amenant à des propositions paradoxales. Par exemple, une citation de Georges Clémenceau est utilisée dans le rapport : « *Aucun gouvernement n'acceptera jamais que les agents des services publics soient assimilés aux ouvriers des entreprises privées, parce que cette assimilation n'est ni raisonnable ni légitime* »³¹⁴. La fonction publique, son organisation et son particularisme sont bien démontrés par cette seule citation ; néanmoins, le rapport ajoute quelques pages plus tard « *La fonction publique est une entreprise de personnel* »³¹⁵. Il est bien étonnant de mettre en exergue une conception s'employant à ne pas considérer l'État comme un employeur comme les autres, et de définir par la suite la fonction publique comme une entreprise. Il est donc difficile d'identifier clairement l'intention animant l'étude et les propositions présentées. Si la volonté n'est pas claire, elle se devine et a même grande peine à se dissimuler parfois. Pour démonstration, lorsque les questionnements autour du particularisme sont entrepris le rapport explique que ce dernier ne doit pas être remis en cause : « *Dans ces conditions, la situation actuelle n'appelle*

³¹⁴ Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Études et documents du Conseil d'État », n° 54, p 235- 236

³¹⁵ *Ibid.*, p 253

peut-être pas aujourd'hui une orientation aussi tranchée »³¹⁶. Le refus de changement quant au particularisme n'est toutefois pas affirmé fermement, l'emploi des adverbes « peut-être » et « aujourd'hui » laissent supposer que dans un futur proche, mettre fin au particularisme serait envisageable. De plus, il est rajouté ensuite quant au contenu du particularisme qu'il est préconisé d'instaurer une réduction progressive de ce dernier, ce qui conforte l'impression dégagée précédemment, le particularisme de la fonction publique n'est pas consacré bien au contraire, il doit disparaître progressivement. La méthode paraît ainsi ne pas être franche, elle s'effectue pas à pas, et cette volonté semble ressortir manifestement à la lecture du rapport. Les exemples donnés, ne serait-ce que les annexes choisies, constituées d'une approche de droit comparé avec la présentation des modèles américain, italien et anglais, sont très démonstratifs. Les pays pris en exemple et en comparaison ont tous les trois opté pour un système d'emploi, contrairement au système de carrière primant en droit français. Il semblerait que l'abandon du système de carrière au profit d'un système d'emploi ainsi que la disparition du particularisme du droit de la fonction publique français, soient les vraies propositions du rapport, mais on ne retrouve aucunement la mention de ces suggestions que l'on découvre davantage en filigrane.

Bien que le Livre blanc opte pour une méthode plus offensive, et procède avec moins de précautions que le rapport Pochard, l'ambivalence est également une des remarques qu'il est possible de faire. Par exemple, dans le Livre blanc de J.-L. Silicani, le statut n'est pas véritablement critiqué ni remis en cause car on explique simplement que ce dernier n'est pas mis en œuvre correctement. Ainsi les « *dysfonctionnements* »³¹⁷ enlèvent toute efficacité au statut et ces derniers forcent à prendre position dans un duel cornélien : abandonner le statut ou s'efforcer de le maintenir comme il se doit, bien que les défaillances paraissent inévitables dans les formulations employées par l'auteur du livre. Il s'agit, sans véritablement écarter le statut, de convaincre les lecteurs du livre blanc de son impossible efficacité actuelle. Ce constat dressé, il semble également évident que d'autres solutions méritent d'être mises en œuvre, et le contrat est une réponse appréciée, mise en avant dans l'étude. Le véritable objectif du livre blanc est finalement de convaincre, plus que de présenter un ensemble de propositions synthétisant les volontés des différents acteurs rencontrés. Toutefois, si le livre blanc traite de sujets « brûlants » sans complexe, encore une fois la volonté qui peine à se dissimuler manque parfois cruellement de clarté. Pour démonstration, on préconise de

³¹⁶ Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Études et documents du Conseil d'État », n° 54, p 317

³¹⁷ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 101

renforcer le service public et de lui redonner une place centrale, et quelques propositions plus tard on expose la volonté d'accélérer les privatisations des entreprises publiques, puisque l'avenir semble fatalement envisager cette évolution. D'autres incohérences peuvent être soulevées lorsqu'on évoque une conciliation du statut et du contrat, puisque toutes les propositions s'axent autour d'emprunts au modèle privé : on évoque l'évaluation, la sélectivité, ou encore on installe un « culte » du résultat avec la proposition visant à « *personnaliser la rémunération fonctionnelle en tenant compte de la difficulté du poste et des résultats de l'agent* »³¹⁸. De plus, ces emprunts manquent cruellement de précisions, prenons pour exemple la proposition suivante : « *Organiser la sortie de la fonction publique des agents devenus inemployables ou dont la valeur professionnelle est insuffisante* »³¹⁹. Qu'est-ce qu'être « *inemployable* » ? Est-ce ne pas satisfaire aux résultats estimés, ou est-ce ne correspondre à aucun poste, ne pas justifier des aptitudes nécessaires ? Toutes ces questions n'ont aucune réponse, pourtant les formulations sont sévères et redoutables : le livre propose des emprunts « sélectifs », ne retenant que certains aspects du droit du travail au détriment d'autres éléments comme la protection.

Peut-être que les contradictions découlant des propositions des différents rapports pourraient s'expliquer simplement : elles découlent d'une tentative de contournement du statut, visant à imposer progressivement et de façon détournée une nouvelle idéologie.

36 – L'intégration d'une logique gestionnaire

La véritable menace faite au statut, se distinguant des contradictions et des hésitations, pourrait provenir d'un changement de paradigme, de l'intégration d'une logique nouvelle faisant de la gestion l'horizon de la nouvelle fonction publique. En effet, différents éléments peuvent attester l'intégration progressive d'une nouvelle logique gestionnaire. Tout d'abord, la diffusion de critiques statutaires est, comme cela a été relevé précédemment, assez démonstrative d'un changement idéologique menaçant le statut. Le souhait exprimé quant à une ouverture du droit de la fonction publique vers le secteur privé pourrait également être identifié comme un moyen de tendre progressivement vers un nouveau modèle, dont la préférence serait peut-être destinée vers un système d'emploi. Ensuite, l'utilisation durable et généralisée du recours au contrat démontre également une volonté correspondant davantage à une logique gestionnaire, où le contrat apparaît comme un outil déterminant. Enfin, la méthode hésitante et paradoxale employée dans les rapports pousse nécessairement au

³¹⁸ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 144

³¹⁹ *Ibid.*, p 131

questionnement. La suggestion et les contradictions appellent à la suspicion et la prudence : si les propositions ne sont pas affirmées clairement, il est possible de préfigurer un changement plus colossal en filigrane. L'intérêt pour la gestion est manifeste et se retrouve dans les rapports. Dans le rapport Pochard par exemple, on y retrouve 228 fois les mots « gestion » et « gestionnaire ». Si cette approche, qui peut paraître plus moderne et conforme à la pratique et ses enjeux, est très intéressante, elle délaisse néanmoins d'autres points de vue. Par exemple, concernant le recours aux contractuels, les propositions s'axent autour d'un cadrage et ne préconise pas de favoriser le recours car : « *si le recours aux contractuels peut offrir aux employeurs de la souplesse pour pourvoir à leurs besoins* », il présente de nombreux « *inconvenients en termes de gestion* »³²⁰. Si les inconvenients d'ordre gestionnaire sont également exposés pour les agents contractuels eux-mêmes, la question de la précarité des agents non titulaires n'est pas abordée, bien qu'elle puisse justifier également une prise de position en défaveur de la généralisation du recours aux agents contractuels. La gestion et ses difficultés priment ainsi sur les questions relatives à la précarité. Dans le livre blanc de 2008 la gestion occupe également une place importante. Dès le début du rapport, l'objectif poursuivi est énoncé : il s'agit « *de faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France : pour son équilibre et son épanouissement social, pour son développement économique, pour son influence dans le monde et le rayonnement de ses valeurs, en définitive, de proposer les éléments d'un pacte rénové entre la nation, ses services publics et sa fonction publique* »³²¹. Le livre blanc a donc pour ambition de regrouper des propositions visant à construire un « *pacte rénové* », où le « *développement économique* » et la compétitivité sont des éléments clés³²². Il s'agit donc bien de l'intégration du nouveau modèle d'une fonction publique rénovée qui est poursuivie.

2 - Une volonté dissimulée : des « *commandes* » gouvernementales déguisées

37 – Des propositions orientées politiquement

Outre la constatation d'un manque de clarté et d'une volonté non affirmée, une des principales interrogations concernant les rapports porte sur l'orientation politique et l'objectivité guidant ces derniers. En effet, on reproche aux rapports d'être des commandes gouvernementales. Concernant le livre blanc, par exemple, beaucoup reprochent à ce dernier de ne pas regrouper des propositions objectives résultant de la rencontre de différents acteurs, mais à permettre au

³²⁰ Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Études et documents du Conseil d'État », n° 54, p 342

³²¹ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 17

³²² *Ibid.*, p 17

gouvernement de justifier une suite de réformes qui pourraient trouver un accueil difficile. Pour Anicet Le Pors, le livre blanc est simplement une étape supérieure dans les manifestations d'une volonté déjà mise en œuvre et clairement exposée permettant de fixer « *le cadre de cette offensive régressive* »³²³. Si cette critique mérite d'être nuancée, certains éléments peuvent toutefois susciter l'attention. Par exemple, lorsque la proposition d'externaliser certaines tâches est abordée, le ministère de l'intérieur est pris en exemple dans un encart dédié à cet effet intitulé « *bonne pratique* » ; de tels encarts se répètent avec différents ministères en exemple. La volonté est presque publicitaire et donne l'impression d'un certain manque d'objectivité. Le rapport Pêcheur peut également accueillir les mêmes remarques. La rupture qu'il caractérise avec les volontés exprimées précédemment, dans le rapport Pochard, puis dans le livre blanc, se distingue difficilement du changement de gouvernement. Par exemple, le rapport Pêcheur revient sur les propositions le précédant en affirmant davantage l'attachement à l'approche statutaire et en proposant une rationalisation du recours aux agents contractuels. Toutefois, la volonté de démanteler et détricoter avec soin les différentes propositions émises antérieurement semble concorder avec le changement de majorité. Dès lors, les rapports seraient les reflets des politiques gouvernementales mises en œuvre. Les distinctions entre les différents rapports s'expliquent ainsi par le jeu politique.

La construction législative démontre que les rapports concordent parfois, dans la méthode comme sur le fond, avec l'orientation se dégageant des réformes les succédant. Les travaux préconisent tous un changement progressif : il ne s'agit pas de modifier franchement et directement la fonction publique mais d'appliquer certaines modifications, constituées par plusieurs réformes, afin de construire graduellement la nouvelle fonction publique. On entrevoit dès lors une méthode législative particulière, dite « méthode du pas à pas ». Les raisons expliquant les volontés politiques exprimées au sein des rapports peuvent être diverses. Les rapports pourraient apparaître comme des « tests » visant à prévenir l'accueil mitigé de réformes parfois difficiles. Ils peuvent également constituer de solides appuis, la volonté politique étant camouflée par une expertise supposée. Toutefois, l'objectivité des rapports est remise en cause et il apparaîtrait peu opportun de ne pas prendre en considération l'orientation politique cachée en filigrane.

Différentes propositions issues des rapports apparaissent ainsi comme défavorables et contrarient la préférence accordée au statut. On constate, progressivement, une certaine défiance à l'égard du statut, que l'on semble combattre de différentes façons : par l'idée et la

³²³ <http://anicetlepons.blog.lemonde.fr/2008/11/>

distillation de clichés, ou encore à l'aide de l'outil contractuel. Toutefois, camouflée à l'aide des rapports, il s'agit davantage d'une intégration muette, celle d'une nouvelle idéologie gestionnaire. L'insertion de l'idéologie n'est pas nommée, elle n'est pas franche, mais elle se retrouve par la suite avec évidence dans la construction législative mise en œuvre.

2 § Les dispositions défavorables au statut émanant des réformes

Comme cela a été précisé auparavant, on constate une certaine continuité entre les propositions émises dans les rapports et la construction législative. En effet, certains arguant même que les rapports seraient des commandes gouvernementales, les propositions « hostiles » au statut trouvent un écho dans les réformes amorcées depuis 2005. Cinq réformes seront prises en exemple : la loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire³²⁴, la loi du 2 février 2007 relative à la modernisation de la fonction publique³²⁵, la loi du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique³²⁶, la loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social³²⁷, et enfin la loi du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique³²⁸. Le processus employé afin de contourner le statut s'effectue en deux étapes : d'une part, par une dilution progressive du droit de la fonction publique dans le droit commun (1), à travers des échanges entre le secteur public et le secteur privé renforcés, et d'autre part, par la reconnaissance du contrat pérenne dans la fonction publique (2).

A – La dilution progressive du droit de la fonction publique dans le droit commun

La défiance statutaire constatée dans les rapports traitant de la fonction publique se retrouve également dans les différentes réformes. La modernisation de la fonction publique semble se conjuguer avec une certaine atténuation du particularisme de la fonction publique : le métissage entre le droit du travail et le droit de la fonction publique se renforce par la promotion des échanges entre les secteurs privé et public (1). La mobilité devient dès lors une des thématiques clés présente dans toutes les réformes. Toutefois, on ne se contente pas de

³²⁴ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *JORF* : 27 juillet 2005, n°173, p 12183

³²⁵ Loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, *JORF* : 6 février 2007, n°31, p 2160

³²⁶ Loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, *JORF* : 6 août 2009, n°0180, p 13116

³²⁷ Loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 6 juillet 2010, n°0154, p 12224

³²⁸ Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 13 mars 2012, n°0062, p 4498

renforcer les échanges entre les deux secteurs, et on pousse davantage la volonté de diluer le droit de la fonction publique dans le droit commun à travers des emprunts manifestes au droit du travail (2). Sémantique, mécanismes singuliers, ou encore dialogue social, sont autant d'exemples récents démontrant un certain contournement du statut, mais surtout une volonté de rénover un modèle en douceur.

1 – La promotion des échanges entre le secteur public et le secteur privé

38 – La promotion de la mobilité

La mobilité est « *le caractère de ce qui est susceptible de mouvement, de ce qui peut se mouvoir ou être mû, changer de place, de fonction*³²⁹ », en sociologie on parlera de « *changement d'activité économique*³³⁰ » pour définir la mobilité professionnelle. La mobilité apparaît comme le moyen privilégié afin de moderniser la fonction publique. Différentes raisons peuvent expliquer l'intérêt porté sur la mobilité. Tout d'abord, la première raison qui peut être donnée réside dans la loi du 13 juillet 1983 qui prévoit que la mobilité au sein des trois fonctions publiques fait partie des « *garanties fondamentales* » de la carrière de l'agent. La mobilité est donc une garantie : elle est la démonstration concrète de la volonté des réformes des années 1980 s'organisant autour d'une harmonisation des fonctions publiques. La mobilité n'est donc pas un enjeu nouveau, mais sa poursuite, plus insistante, s'explique par d'autres raisons. Une des justifications premières est d'ordre budgétaire. Elle apparaît comme un levier managérial, dans un contexte budgétaire restreint et difficile³³¹. Les recrutements internes étant limités faute de budget, la mobilité interne semble un moyen efficace et peu coûteux afin de répondre aux besoins des administrations. La mobilité est également une question devenue centrale en raison de motivations d'ordre social et sociétal. La mobilité correspond à une évolution professionnelle. Les cadres d'aujourd'hui par exemple, plus diplômés et polyvalents, ont évolué et se concentrent davantage sur une évolution de carrière. La mobilité n'est plus une crainte, elle fait même partie de leur formation, certains ayant effectué leurs études à l'étranger. La mobilité autrefois perçue comme une sanction, est même devenue un facteur d'attractivité dans les collectivités territoriales par exemple puisque « *pour la nouvelle génération d'agents territoriaux* », elle offre « *la possibilité de changer d'emploi*

³²⁹ www.larousse.fr

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ Observatoire social territorial de la Mutuelle Nationale Territoriale, rapport : « les mobilités : un levier de management ? », les cahiers de l'observatoire social territorial, n°12, juin 2014.

*et d'avoir une carrière professionnelle variée*³³² ». La mobilité est également un moyen d'anticipation précieux. Le recul du départ légal à la retraite allonge bien évidemment la carrière des agents et la mobilité permet une certaine adaptation : elle apparaît ainsi comme une variable d'ajustement proposant à l'agent « une seconde carrière ». Le rapport de l'observatoire social territorial de la mutuelle nationale territoriale met en exergue cet élément. La limite d'âge des fonctionnaires étant passée de 65 à 67 ans, l'allongement de la carrière pose désormais certaines problématiques comme « *des risques accrus d'usure ou de maladie professionnelles pour les agents exposés à un certain niveau de pénibilité* » et ainsi « *nombre de collectivités ont structuré leur politique de mobilité interne afin de canaliser la montée en puissance des changements d'affectation pour raison médicale* »³³³. La mobilité est ainsi une préoccupation, expliquant la loi de modernisation de 2007 ou encore la loi relative à la mobilité de 2009, pour diverses raisons et s'avère un moyen efficace d'ajustement entre différentes contraintes, budgétaires et sociales.

Toutefois, le mécanisme de mobilité, devenu un véritable impératif en droit du travail, revêt un autre avantage : celui de faciliter des échanges entre deux secteurs, et ainsi d'importer une certaine « culture », des mentalités, vers le secteur public notamment. On souhaite une fonction publique moderne, rénovée, compétitive, et l'exemple privatiste devient celui à suivre. La mobilité, bien que répondant à différents enjeux, permet surtout d'assimiler progressivement le modèle de fonction publique vers le droit commun. On tente d'effacer progressivement les frontières entre le secteur privé et le secteur public, mettant à mal le particularisme de la fonction publique. Cette volonté de « diluer » le particularisme a été relevée par Yves Struillou : « *ces mutations peuvent donc se voir de deux manières : soit comme une tentative de modernisation du droit de la fonction publique, soit comme une préparation à la dilution dans le droit commun du droit de la fonction publique* »³³⁴. La construction législative apparaît ainsi très démonstrative puisque la promotion de la mobilité est au cœur des réformes.

Un des premiers objectifs de la loi du 2 février 2007 relative à la modernisation de la fonction publique est clairement énoncé à la lecture de sa genèse : celui de favoriser la mobilité dans la fonction publique, entre ses trois grandes composantes mais aussi avec le secteur privé.

³³² Observatoire social territorial de la Mutuelle Nationale Territoriale, rapport : « les mobilités : un levier de management ? », les cahiers de l'observatoire social territorial, n°12, juin 2014, p 22

³³³ *Ibid.*

³³⁴ STRUILLLOU (Yves), « Le droit du travail, horizon indépassable du droit de la fonction publique ? », in : *AJDA*, 2011, p 2399.

Christian Jacob, alors Ministre de la fonction publique, l'expliquait très clairement dans sa déclaration de 2006 : « *L'objectif est d'encourager les échanges entre le secteur public et le secteur privé* »³³⁵. La loi de 2007, faisant suite à la signature de deux protocoles d'accord³³⁶ apporte des dispositions nouvelles venant promouvoir la mobilité. Le deuxième chapitre traitant de la mise à disposition vient encadrer une pratique et apporte des nouveautés en matière de mise à disposition sortante, la mise à disposition d'un fonctionnaire vers une entreprise privée par exemple, comme la mise à disposition entrante, qui consiste en la possibilité pour les administrations de bénéficier de personnels de droit privé. Ainsi l'article 10 de la loi de modernisation de la fonction publique vient modifier l'article 43 de la loi du 13 juillet 1983 qui dispose désormais que « *les administrations et les établissements publics administratifs de l'État peuvent, lorsque des fonctions exercées en leur sein nécessitent une qualification technique spécialisée, bénéficier, dans les cas et conditions définis par décret en Conseil d'État, de la mise à disposition de personnels de droit privé* ». La mise à disposition bénéficie donc d'un cadre et est prévue dans un double flux, du secteur public vers le secteur privé et inversement. La déontologie est également un des points déterminants de la loi de modernisation qui encadre la cessation des fonctions de l'agent public et la compatibilité d'une activité relevant du secteur privé avec ses fonctions, prévoyant qu'une commission de déontologie sera en charge « *d'apprécier la compatibilité de toute activité lucrative, salariée ou non, dans une entreprise ou un organisme privé ou toute activité libérale, avec les fonctions effectivement exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité par tout agent cessant ses fonctions* ». Le cumul d'activité est également un des points abordés dans la loi du 2 février 2007 : il permet, notamment, d'encadrer l'exercice de deux activités, relevant du droit public et du droit privé, en permettant à l'agent d'accomplir un travail à temps partiel. Par exemple, en vertu de l'article 21 de la loi modifiant l'article 37 de la loi de 1983, il est envisagé : « *l'autorisation d'accomplir un service à temps partiel est accordée de plein droit aux fonctionnaires relevant des catégories visées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 9°, 10° et 11° de l'article L. 323-3 du code du travail, après avis du médecin de prévention* », la loi permet également au fonctionnaire ou à l'agent non titulaire reprenant une entreprise d'accomplir un service à temps partiel, « *qui ne peut être inférieur au mi-temps* ». Par ces exemples, la mise à disposition ou encore le cumul d'activité, il est une fois de plus

³³⁵ Déclaration de M. Christian Jacob, Ministre de la Fonction publique, sur le projet de loi de modernisation de la fonction publique, Paris le 28 juin 2006.

³³⁶ Le 25 janvier 2006, deux protocoles d'accords ont été signés par trois organisations syndicales représentatives de la fonction publique, la CFDT, l'UNSA et la CFTC, dans le cadre de la négociation globale de 2006 et 2007. Ces deux protocoles portaient sur la promotion professionnelle et l'amélioration des carrières pour le premier, et l'évolution de l'action sociale pour le second. Une volonté de développer la mobilité dans la fonction publique se dégagea lors de la signature des accords. Cette orientation se concrétisa avec la loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007.

démontré que les échanges, voire même la conciliation entre les secteurs privé et public, s'avèrent constituer le cœur de la loi de modernisation.

La loi du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, dont l'objectif est clairement identifié, s'attèle ainsi à poursuivre les réformes entamées avec la loi de 2007. Le premier chapitre portant sur les développements des mobilités traite de divers mécanismes : le détachement, la réorientation professionnelle ou encore le reclassement. Concernant le détachement, par exemple, l'article 4 de la loi de 2009 insère un article 14 bis dans la loi du 13 juillet 1983 qui dispose que : « *Hormis les cas où le détachement, la mise en disponibilité et le placement en position hors cadres sont de droit, une administration ne peut s'opposer à la demande de l'un de ses fonctionnaires tendant, avec l'accord du service, de l'administration ou de l'organisme public ou privé d'accueil, à être placé dans l'une de ces positions statutaires ou à être intégré directement dans une autre administration qu'en raison des nécessités du service ou, le cas échéant, d'un avis d'incompatibilité rendu par la commission de déontologie* ». Il s'agit ainsi de faciliter le détachement et d'éviter les freins possibles relevant de l'administration qui ne pourra désormais s'opposer à la demande du fonctionnaire qui bénéficie des accords de son service et de son organisme d'accueil, qui pourra être public comme privé. Il s'agit surtout concernant le détachement de modifications, rajouts ou encore simplifications. La loi de 2009 prévoit également une « *réorientation professionnelle* », permettant au fonctionnaire dont « *l'emploi est susceptible d'être supprimé* » d'être « *reclassé* » en cas de « *restructuration d'une administration* » comme le dispose l'article 7 de la loi relative à la mobilité. L'article suivant poursuit cette nouveauté concernant la fonction publique territoriale et insère un alinéa disposant que « *dès lors qu'un emploi est susceptible d'être supprimé, l'autorité territoriale recherche les possibilités de reclassement du fonctionnaire concerné* », et emploie ainsi directement pour la première fois dans la loi le terme de « *reclassement* » qui produit instantanément un écho avec le droit du travail. Le reclassement est par la suite traité dans différents articles, concernant l'obligation pour le fonctionnaire de participer de bonne foi à la procédure de reclassement en suivant toutes les formations et évaluations prévues (article 12), sans quoi le centre national de la fonction publique territoriale ou le centre de gestion pourront mettre fin à la prise en charge du fonctionnaire dans son accompagnement (article 13), par exemple. La loi de 2009, en matière de recrutement, aborde également une autre question importante : celle de la reprise d'activité. Comme le dispose l'article 23 notamment, insérant dans la loi du 13 juillet 1983 un article 14 ter : « *Lorsque l'activité d'une personne morale de*

droit public employant des agents non titulaires de droit public est reprise par une autre personne publique dans le cadre d'un service public administratif, cette personne publique propose à ces agents un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires ». Les articles suivants précisent encore certaines modalités : en cas de refus du salarié quant au changement de son contrat de droit privé en contrat de droit public, la convention prend fin de plein droit en conformité avec les règles relatives à la procédure de licenciement (article 24), reprenant directement certaines dispositions du code du travail. Enfin le dernier chapitre apporte quelques simplifications à certaines dispositions, par exemple l'article 43 de la loi qui précise que « *lorsqu'une activité du ministère de la défense est confiée par contrat à un organisme de droit privé, les fonctionnaires, les ouvriers de l'État, les agents non titulaires de droit public ou les militaires exerçant cette activité peuvent être mis à la disposition de l'organisme* », cette modification témoignant ainsi, comme de nombreux exemples dans la loi relative à la mobilité, d'une certaine recherche de rapprochements entre le secteur public et le secteur privé.

La construction législative démontre dès lors deux éléments importants : d'une part, l'association à l'effort de modernisation d'une promotion des échanges incarnée par la mobilité, d'autre part, une certaine continuité entre les réformes qui témoignent d'une volonté commune, d'un processus mis en œuvre par étapes.

2 – Les emprunts manifestes au droit du travail

39 – Des dispositifs et mécanismes empruntés au droit du travail

Outre la promotion des échanges *via* le dispositif de mobilité, on constate dans les réformes des emprunts « directs » au droit du travail. Ces emprunts sont divers : on utilise des mécanismes préexistants en droit du travail, on en développe d'autres, on intègre une certaine logique incarnée par le dialogue social et enfin les emprunts s'effectuent par une sémantique appropriée : on retrouve désormais l'idée de « performance ». Concernant les mécanismes introduits et développés, présents en droit du travail, il convient de reprendre les dispositifs venant promouvoir la mobilité. La loi de 2009 relative à la mobilité intègre, notamment, des dispositions traitant de la reprise d'activité. Avec ce dispositif il s'agit de permettre à des salariés du secteur privé d'intégrer une administration publique puisque cette dernière est venue reprendre en régie directe l'activité d'une personne morale de droit privé. Les problématiques sont plus complexes : il y a à la fois une juxtaposition de normes, mais également un régime hybride, métissé, entre le droit de la fonction publique et le droit du

travail. Les échanges entre les deux branches du droit sont évidents puisque l'article 23 de la loi de 2009 précité reprend les formulations de l'article L 1224-3 du code du travail qui dispose que : « *Lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne publique de proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires* ». La loi de 2009 s'inspire ainsi directement du code du travail qu'elle cite même dans l'article suivant³³⁷.

Les emprunts au code du travail ne se retrouvent pas qu'en matière de reprise d'activité, puisqu'un autre dispositif présent en droit du travail fait son entrée en droit de la fonction publique : le travail temporaire. L'article 21 de la loi du 3 août 2009 dispose que les administrations « *peuvent avoir recours aux services des entreprises mentionnées à l'article L 1251- 1 du code du travail* ». Une fois de plus, la loi fait référence directement au code du travail en insérant un article relatif au contrat conclu avec une entreprise de travail temporaire, énonçant limitativement les cas de recours par les personnes morales de droit public aux salariés des entreprises temporaires « *pour des tâches non durables, dénommées missions* ». Les administrations publiques peuvent ainsi bénéficier de main d'œuvre pour le temps d'une mission, en cas de remplacement, de vacance temporaire, d'accroissement de l'activité ou encore de besoin occasionnel ou saisonnier.

Enfin un dernier exemple, et non des moindres, propose une référence toute aussi évidente au droit du travail, et concerne la réorientation professionnelle et le reclassement. Yves Struillou évoque cette introduction dans la loi de 2009 à plusieurs reprises, la loi donnant « *les fondements d'un droit individuel à la reconversion professionnelle en cas de restructuration d'une administration de l'État largement inspiré du droit au reclassement reconnu par le code du travail* »³³⁸. Le reclassement en droit du travail recouvre diverses expressions puisqu'il « *peut s'agir d'un acte ponctuel destiné à maintenir l'emploi d'un salarié dont le lien contractuel peut apparaître menacé ou d'un processus plus complexe pouvant permettre le retour à l'emploi d'un travailleur dont le contrat a été précédemment rompu* »³³⁹. Autrement dit, on parle souvent de reclassement concernant un salarié devenu inapte (en raison d'un handicap par exemple), ou en matière de licenciement économique. Le

³³⁷ Le dernier alinéa de l'article L. 1224-3 du code du travail est ainsi rédigé : « *En cas de refus des salariés d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit. La personne publique applique les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat* ».

³³⁸ STRUILLLOU (Yves), « Le droit du travail, horizon indépassable du droit de la fonction publique ? », *loc. cit.*

³³⁹ HEAS (Franck), « Les obligations de reclassement en droit du travail », in : Droit social, 1999, p 504.

reclassement n'est pas étranger au juge administratif qui a traité la question à de nombreuses reprises : concernant un salarié dit « protégé » par exemple le Conseil d'État, dans un arrêt du 18 février 1977³⁴⁰ précisa que « *dans le cas où la demande de licenciement est fondée sur un motif économique, il appartient à l'inspecteur du travail, et le cas échéant, au Ministre, de rechercher, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, si la situation de l'entreprise justifie le licenciement du salarié* ». L'obligation de reclassement découlant du licenciement économique ne pouvait concerner bien évidemment la fonction publique ; toutefois avec la loi de 2009 certaines dispositions semblent s'inspirer du droit du travail en la matière. L'article L1233-4 du code du travail dispose que : « *le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent assorti d'une rémunération équivalente. A défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, le reclassement s'effectue sur un emploi d'une catégorie inférieure* ». L'article 7 de la loi de 2009 dispose quant à lui qu'en cas « *de restructuration d'une administration de l'État ou de l'un de ses établissements publics administratifs, le fonctionnaire peut être placé en situation de réorientation professionnelle dès lors que son emploi est susceptible d'être supprimé* ». L'article précise ensuite que « *l'administration établit un projet personnalisé d'évolution professionnelle qui a pour objet de faciliter son affectation dans un emploi correspondant à son grade, situé dans son service ou dans une autre administration, ou de lui permettre d'accéder à un autre corps ou cadre d'emplois de niveau au moins équivalent* ». On retrouve ainsi des exigences similaires, un emploi de même catégorie en droit du travail et un emploi correspondant au grade de l'agent en droit de la fonction publique. Le droit du travail précise que le reclassement du salarié s'effectue sur un emploi assorti d'une rémunération équivalente, et la loi de 2009 protège le salarié reclassé en lui assurant d'accéder à un corps ou un cadre d'emploi de niveau équivalent. Le dispositif de reclassement est cité directement dans l'article 8 de la loi de 2009. Toutefois, pour Yves Struillou et Emmanuelle Marc, les « jalons » posés par la loi de 2009 affectent « *la relation entre l'agent et l'emploi dans la perspective d'un droit au reclassement, en cas de restructuration de l'administration*³⁴¹ ». En effet, si le reclassement est une protection pour l'agent, le dispositif pose toutefois quelques questionnements. Ce dernier démontre en effet une approche davantage tournée vers l'emploi, et met également en avant, par la mention de ces restructurations possibles, qu'une certaine forme d'insécurité frappe également la fonction publique.

³⁴⁰ CE, 18 février 1977, *Abellan*, 1977, n° 95. 354, *Recueil Lebon* p 96, *Dr. Soc.* 1977, p 166, concl. P. Dontdoux

³⁴¹ MARC (Emmanuelle), STRUILLOU (Yves), « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle ? », in : *RFDA*, 2010, p 1169

Un autre élément permet d'identifier des emprunts au droit du travail : l'extension du champ de la négociation collective introduite par la loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique. Il ne s'agit pas d'un emprunt « direct », mais davantage d'une distillation d'une certaine « culture » privatiste, d'un élément « caractéristique » du droit du travail. Outre l'objectif d'harmonisation et de modernisation, les modifications apportées par la loi du 5 juillet 2010 semblent également inspirées du droit du travail et l'extension du champ de la négociation collective peut l'attester. En effet, le champ d'application de la négociation collective est étendu par la loi puisque désormais les organisations syndicales pourront participer à des négociations traitant de l'évolution de la rémunération par exemple³⁴². La rénovation du dialogue social conduite par la loi de 2010 apporte diverses modifications : la création d'une nouvelle instance consultative : le Conseil commun de la fonction publique ; ou encore des changements relatifs à la représentativité. Cette évolution démontre, d'une part, un mouvement de contractualisation croissant dans la fonction publique, et d'autre part, la prise en considération du droit du travail comme un certain modèle. Ainsi, de nombreux emprunts au droit du travail peuvent être relevés dans la loi sur la rénovation du dialogue social. Concernant l'insertion de nouvelles instances, un autre exemple semble très évocateur : la création des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) remplaçant ainsi les comités d'hygiène et de sécurité (CHS) préexistants. Les CHSCT existent depuis longtemps dans le secteur privé comme dans le secteur public³⁴³. Trouvant leurs origines dès 1926 dans certaines industries comme celles des métaux, préconisés par l'Organisation Internationale du Travail en 1929, des comités d'Hygiène et de sécurité apparaissent en 1941 pour se démocratiser en 1947 avec une obligation de création pour les établissements industriels comptant au moins 50 salariés. En 1982, les CHS et les Commissions d'Amélioration des Conditions de Travail (CACT) fusionnent pour donner naissance au CHSCT. La Cour de Cassation reconnaît la personnalité juridique des CHSCT, ces derniers étant des personnes morales, dans un arrêt du 17 avril 1991³⁴⁴. Néanmoins, bien que les

³⁴² JEAN-PIERRE (Didier), « La rénovation du dialogue social dans la fonction publique », in : *Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°38, 20 septembre 2010, 2284

³⁴³ OLSZAK (Norbert), *Histoire du droit du travail*, Paris : Economica, coll. Corpus série histoire du droit, 2011, 125 p., p 51-70

³⁴⁴ Cass, soc, 17 avril 1991, 89-17.993 89-43.767 89-43.770, Bull. civ. V. n° 206 ; Rev. Sociétés : 1992, p 53, obs. Y. Guyon ; D. 1991. IR 152 ; *Droit soc.* : 1991, p 516 ; *JCP E* : 1991. II. 229, note H. Blaise ; *RJS* : 1991. 314, n° 591 ; *Dr. ouvrier* : 1992. 139, note J. Grinsnir : « Attendu que pour rejeter l'exception d'irrecevabilité de cette action soulevée par les défendeurs l'arrêt attaqué, après avoir retenu que le CHSCT n'était pas doté de la personnalité civile a estimé que la société n'avait pas à assigner cet organisme " en la personne de son représentant " et que son action dirigée contre les membres du

origines et fondements soient similaires en droit de la fonction publique, cette dernière n'a pas bénéficié des mêmes évolutions que le secteur privé avec les lois Auroux de 1982³⁴⁵, et a conservé les CHS existants. Ces derniers ne disposaient pas ainsi, *a priori*, de prérogatives intervenant dans le domaine des conditions de travail ni d'une autonomie de fonctionnement, les CHS étant régis par un ensemble de textes restrictifs. La loi du 5 juillet 2010 met fin à cette distinction et prévoit la création de CHSCT sur le modèle du droit du travail. Ainsi, l'article 10 de la loi institue « *un ou plusieurs Comités d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail* » dans toutes les administrations de l'État. Ces derniers ont pour « *mission de contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des agents dans leur travail, à l'amélioration des conditions de travail et de veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières* ». Bien que ce changement ne puisse qu'être accueilli positivement, puisque les CHSCT sont des instances incontournables permettant de protéger les salariés, ou les fonctionnaires, tout en engageant un dialogue entre les employeurs et les représentants du personnel en vue d'améliorer les conditions de travail, l'insertion de ces comités peut amener à se poser différentes questions. L'influence du droit du travail et les emprunts effectués par le droit de la fonction publique interpellent ; pour Yves Struillou, il s'agit d'une nouvelle démonstration d'une « *utilisation presque abusive d'outils propres au droit du travail* »³⁴⁶. Bien que les CHSCT ne soient pas de véritables nouveautés puisque des CHS existaient déjà, ce nouvel emprunt semble s'inscrire dans une dynamique d'échanges. Il s'agit de se demander si l'objectif dans la construction législative est véritablement d'améliorer l'existant, de moderniser ou d'harmoniser la fonction publique, ou s'il s'agit d'une tentative dissimulée d'insertion du droit commun, mettant ainsi à mal le particularisme du droit de la fonction publique. Néanmoins, il convient également de relativiser l'insertion des CHSCT comme une nouveauté exclusivement inspirée du droit du travail, puisqu'il s'agit également d'une harmonisation, la fonction publique hospitalière prévoyant des CHSCT depuis 1991³⁴⁷.

CHSCT était parfaitement régulière ; Qu'en statuant ainsi alors que les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail institués par les articles L. 236-1 et suivants du Code du travail ont pour mission de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés de l'établissement ainsi qu'à l'amélioration de leurs conditions de travail et sont dotés, dans ce but, d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

³⁴⁵ Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. Loi dite loi Auroux, *JORF* : 6 Août 1982

³⁴⁶ STRUILLOU (Yves), « Le droit du travail, horizon indépassable du droit de la fonction publique ? », *loc. cit.*

³⁴⁷ Décret n°91-185 du 13 février 1991 complétant la section 3 du chapitre VI du titre III du livre II du code du travail et relatif à la formation des représentants du personnel aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans les établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, *JORF* : 20 février 1991, n° 44, p 2574

Le changement de sémantique employé par le législateur démontre également une volonté de changement, et surtout une logique davantage tournée vers le secteur privé. Différents exemples peuvent être relevés : depuis la loi de 2010, les organisations syndicales qui avaient qualité pour conduire au niveau national les négociations, ont désormais qualité pour « *participer* » aux négociations. Toutefois, il semble que la notion de « performance », introduite par les dispositions issues de la loi de 2010 relative au dialogue social, soit suffisamment évocatrice. L'article 38 de la loi sur la rénovation du dialogue social insère la phrase suivante : « *Les indemnités peuvent tenir compte des fonctions et des résultats professionnels des agents ainsi que de la performance collective des services* ». Le texte le précise ensuite (article 40), il s'agit d'une « *prime à la performance collective* ». Cette prime peut être créée dans les fonctions publiques d'État ou territoriale, au bénéfice des agents titulaires comme non titulaires. Une circulaire du 22 octobre 2012 à visée explicative³⁴⁸ reprend les décrets d'application du 3 mai 2012³⁴⁹ sur la mise en œuvre de la prime d'intéressement à la performance collective et présente ainsi cette dernière de façon claire. La circulaire rappelle tout d'abord les objectifs quant à l'introduction de la prime : il s'agit de « *rénover les pratiques de gestion* », de « *renforcer la motivation des personnels* », ou encore « *d'améliorer la qualité du service public* ». Ensuite, il s'agit d'énoncer les agents pouvant bénéficier de telles primes. Les primes pourront être versées à tout agent, titulaire ou non-titulaire, ayant une présence dans le service d'une durée minimale d'au moins six mois. Toutefois, un agent pourra être exclu de l'attribution de la prime d'intéressement en raison de « *manquements répétés à l'obligation de servir* », sur décision de l'autorité territoriale pour la fonction publique territoriale. Cette exclusion s'effectue pour une année, et doit être justifiée par des éléments caractérisant une répétition des insuffisances comme les résultats d'une procédure d'évaluation ou encore d'un entretien professionnel. La circulaire poursuit sa présentation en énonçant les prérogatives des organes délibérants et des autorités exécutives : par exemple l'assemblée délibérante ou le conseil d'administration de l'établissement public peut créer la prime d'intéressement à la performance collective, fixer les objectifs à atteindre ou encore le montant maximal de la prime. Afin de garantir dialogue et transparence, l'avis

³⁴⁸ Circulaire 22 octobre 2012, relative à la mise en place d'une prime d'intéressement à la performance collective des services dans les collectivités territoriales et leurs établissements publics, n° INTB1234383C

³⁴⁹ Décret n°2012-624 du 3 mai 2012 pris en application de l'article 88 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et fixant les modalités et les limites de la prime d'intéressement à la performance collective des services dans les collectivités territoriales et leurs établissements publics, et le décret n°2012-625 du 3 mai 2012 fixant le plafond annuel de la prime d'intéressement à la performance collective des services dans les collectivités territoriales et leurs établissements publics, *JORF* : 4 mai 2012, n° 0105, texte n° 27

des comités techniques sera recueilli trois fois, avant la création de la prime, avant la fixation des résultats à atteindre et enfin avant la constatation des résultats obtenus. Les objectifs à atteindre sont variés : il s'agira par exemple de prendre en compte le taux de satisfaction de l'utilisateur ou encore le délai de traitement des demandes. La détermination des objectifs s'axe autour de quatre indicateurs : la qualité des services rendus, la maîtrise des coûts et l'efficacité du service, la gestion des ressources humaines et enfin le développement durable. La circulaire se termine par le montant de la prime : ce dernier est fixé à 300 euros, les montants versés individuellement présentent un caractère forfaitaire et enfin la prime peut être cumulée avec tout autre régime indemnitaire.

La prime à la performance collective semble encore cristalliser une inspiration du secteur privé, qui utilise ce mécanisme afin de motiver les salariés. Néanmoins, l'introduction de cette prime visant à gratifier la performance collective du service détonne avec la conception traditionnelle de la fonction publique. Tout d'abord, elle rompt avec l'uniformité du traitement en conditionnant une partie de la rémunération à l'acquisition d'objectifs et résultats. Ensuite, c'est l'idée même de performance qui tranche avec la conception du droit de la fonction publique. Bien qu'il s'agisse d'une performance collective, l'acquisition demeure individuelle puisque l'agent défaillant, effectuant des manquements répétés à l'obligation de servir, pourra être évincé. Ainsi au-delà de la performance collective, c'est une mise en compétitivité qui est donc instaurée. Si les avantages de cette mise en concurrence des agents, les motivant à s'améliorer et à se dépasser, trouvent des justifications non négligeables en termes de management et de gestion des ressources humaines, une telle mise en concurrence semble rompre avec la logique habituelle et se tourner davantage vers une logique d'entreprise, visant à gratifier les individualités.

B – La généralisation du recours aux agents contractuels

Les atteintes au statut semblent guidées par une volonté commune : faciliter les échanges entre le secteur privé et le secteur public afin de réduire le particularisme de la fonction publique, atténuer l'émancipation au droit commun du travail. Toutefois, la reconnaissance législative du contrat pérenne renforce la défiance statutaire, et apparaît comme un second processus permettant une remise en cause du statut. Une fois de plus, la méthode est progressive et à la reconnaissance du contrat pérenne par la loi du 26 juillet 2005 (1), a succédé une généralisation du contrat à durée indéterminée en 2012 (2).

42 - Une transposition française portant reconnaissance du contrat à durée indéterminée

La loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, est, comme son nom l'indique, une réponse faisant suite à la directive 1999/70/CE du Conseil de l'Union européenne du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP, sur le travail à durée déterminée³⁵⁰. L'objet de la directive s'axe autour de deux propositions : la première consiste à « *améliorer la qualité du travail à durée déterminée en assurant le respect du principe de non-discrimination* », et la seconde suggère « *d'établir un cadre pour prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs* ». La directive propose des solutions et mesures afin de satisfaire aux objectifs que les États membres signataires se sont fixés, synthétisées dans différentes clauses, comme la clause numéro quatre et la clause numéro cinq. Concernant la clause numéro quatre, différents points sont abordés : tout d'abord, les travailleurs à durée déterminée doivent être traités de la même façon que les travailleurs à durée indéterminée, sauf si des raisons objectives justifient une différence de traitement. La directive propose ensuite d'appliquer le principe de « *pro rata temporis* » lorsque cela est approprié. Enfin, la clause numéro quatre stipule que les critères de périodes d'ancienneté, sauf lorsque des raisons objectives permettent d'y déroger, sont les mêmes pour les travailleurs à durée déterminée que pour les travailleurs à durée indéterminée. La clause numéro cinq se compose de trois stipulations : il s'agit de rappeler que seules des raisons objectives peuvent justifier le renouvellement de contrats à durée déterminée, et que les renouvellements successifs doivent être encadrés par une durée maximale et un nombre déterminé afin d'éviter les recours abusifs. La clause stipule toutefois que les États membres, en concertation avec les partenaires sociaux, doivent déterminer sous quelles conditions les contrats à durée déterminée sont réputés abusifs et dans quelles mesures ils sont donc réputés à durée indéterminée.

Dès lors, comme le rapport Pochard l'indiquait déjà en 2003, plusieurs hypothèses étaient envisageables afin de se conformer aux exigences européennes. Le rapport l'expliquait clairement : « *les conséquences de telles dispositions sur le système français de fonction publique sont ambiguës et dépendront beaucoup de la manière dont la transposition en sera*

³⁵⁰ Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, JO n° L 175 du 10/07/1999, p 0043 – 0048

assurée »³⁵¹. Deux hypothèses étaient présentées : dans la première, on pourrait considérer que le droit français est déjà en conformité avec la directive puisque les cas de recours au contrat à durée déterminée sont énumérés limitativement, et « à défaut, la règle est l'occupation de l'emploi concerné par un fonctionnaire titulaire dont la "relation de travail" est par définition à durée indéterminée »³⁵². Aucune modification ne semblerait donc nécessaire, le droit européen confortant même les règles déjà appliquées découlant du statut général de la fonction publique. Dans la seconde hypothèse dégagée par le rapport, on considérerait qu'au contraire, dans la pratique, les exigences découlant de la directive ne sont pas respectées puisque de nombreux emplois permanents sont occupés par des contractuels qui voient leur contrat se renouveler « de façon quasi automatique »³⁵³. Ainsi, « dans la mesure où une telle pratique semble directement contraire aux dispositions de la directive de 1999, et où l'on souhaiterait maintenir l'étanchéité de principe entre contractuels et agents publics titularisés »³⁵⁴, le contrat à durée indéterminée devrait être réintroduit. Ces deux hypothèses présentées par le rapport de 2003 mettent l'accent sur deux éléments : d'une part, une certaine incompatibilité ou du moins une complexité découlant de l'aménagement des règles du droit de la fonction publique avec les normes du droit du travail d'origine européenne, et d'autre part, le fait que la transposition opérée par la loi de 2005 est bien une réponse française et non une dictée soufflée par le droit européen.

Avec la loi du 26 juillet 2005, on a donc opté pour la seconde hypothèse relevée dans le rapport Pochard, et les choix de transpositions de la directive 1999/70/CE ont conduit à différentes modifications afin de se conformer à la volonté émanant des États membres signataires. Le troisième chapitre de la loi est tout particulièrement intéressant puisqu'il traite de la lutte contre la précarité, autrement dit des agents contractuels. La loi de 2005 prévoit des dispositions communes pour les trois fonctions publiques reprenant les exigences découlant de la directive qui s'axent autour de deux objectifs. D'une part, une exigence quant à la motivation par des raisons objectives des recours aux contrats à durée déterminée, et un encadrement de leur renouvellement par une durée maximale et un nombre déterminé. D'autre part, il est également recommandé d'édicter clairement les conditions relatives à la reconduction du contrat en contrat à durée indéterminée, dont le choix est laissé à l'appréciation des États membres en concertation avec les partenaires sociaux.

³⁵¹ Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Études et documents du Conseil d'État », n° 54, p 288

³⁵² *Ibid.*, p 289

³⁵³ *Ibid.*, p 289

³⁵⁴ *Ibid.*, p 289

Sur la première exigence, l'article 12 de la loi de 2005, modifiant l'article 4 de la loi du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique d'État, expose clairement les conditions justifiant le recours aux agents contractuels : d'un côté, « *lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes* » ; d'un autre côté « *pour les emplois du niveau de la catégorie A et, dans les représentations de l'État à l'étranger, des autres catégories, lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient* ». L'article se poursuit en précisant que les agents recrutés sont engagés par des contrats à durée déterminée ne pouvant excéder trois ans. Les contrats « *sont renouvelables par reconduction expresse* », toutefois « *la durée des contrats successifs ne peut excéder six ans* » ; ainsi à l'échéance des six années le contrat pourra être reconduit, sur décision expresse, seulement pour une durée indéterminée. L'article 16 de la loi de 2005 relatif à la fonction publique hospitalière reprend les mêmes mentions que l'article 12, en précisant toutefois qu'il s'agit « *d'emplois permanents* » occupés par des agents contractuels, et diffère quelque peu dans l'énoncé des raisons justifiant le recours à ces agents : ce dernier mentionne ainsi que le recours aux agents contractuels est possible également « *lorsqu'il s'agit de fonctions nouvellement prises en charge par l'administration ou nécessitant des connaissances techniques hautement spécialisées* ». Autrement dit, les exigences émanant de la directive sont transposées : le recours au contrat à durée déterminée est encadré par l'énonciation de raisons objectives mentionnées limitativement, le contrat à durée déterminée est conclu pour une durée maximale de trois années, et enfin son renouvellement ne peut excéder six années puisque la reconduction de la convention au-delà du délai précité ne pourra être effectuée que pour un contrat à durée indéterminée.

Concernant la seconde exigence posée par la directive, les articles 13 pour la fonction publique d'État, 15 pour la territoriale et 19 pour l'hospitalière sont identiques. Ils précisent les conditions d'une reconduction d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. Le contrat à durée déterminée ne peut être reconduit à son terme, par décision expresse, qu'en contrat à durée indéterminée pour les agents recrutés pour un emploi permanent en fonction, ou bénéficiant d'un congé, depuis six ans au moins à la date de publication de la loi. De plus, le contrat de l'agent est transformé en contrat à durée indéterminée si l'agent satisfait, le 1^{er} juin au plus tard au terme de son contrat en cours, aux conditions suivantes : si l'agent « *est âgé d'au moins cinquante ans* », si l'agent est « *en fonction ou bénéficie d'un congé en application des dispositions du décret mentionné à l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984* », si l'agent justifie « *d'une durée de services*

effectifs au moins égale à six ans au cours des huit dernières années », et enfin si l'agent occupe « *un emploi en application de l'article 4 ou du premier alinéa de l'article 6 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 précitée, dans les services de l'État ou de ses établissements publics administratifs* ». La loi satisfait ainsi la deuxième exigence posée par la directive en mentionnant limitativement les conditions reconduisant un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. Le chapitre consacré à la lutte contre la précarité consacre ainsi l'introduction du contrat pérenne dans la fonction publique.

43 - L'influence du droit européen invoquée

Tout cela amène au principal enseignement qui peut être retiré de la loi de 2005 : l'influence du droit européen. Le droit de l'Union européenne est en conformité avec la conception découlant du droit du travail français puisqu'ils consacrent tous deux le principe suivant : « *les contrats de travail à durée indéterminée sont la forme générale de relations de travail et contribuent à la qualité de vie des travailleurs concernés et à l'amélioration de la performance* »³⁵⁵, le droit du travail considérant également que le contrat à durée indéterminée est le contrat de droit commun. Néanmoins, le droit de la fonction publique paraît ne pas être, quant à lui, en conformité avec le droit de l'Union sur le point précédemment traité puisque l'arrêt du 27 octobre 1999³⁵⁶ dit « *Bayeux* » précisa que le contrat à durée indéterminée est en principe exclu par la règle selon laquelle les emplois permanents des administrations doivent être occupés par des fonctionnaires titulaires. Néanmoins, comme le soulignait le rapport Pochard, on pourrait considérer qu'au contraire, le droit de la fonction publique respecte le principe édicté en droit de l'Union puisque la « *relation de travail* » du fonctionnaire titulaire est par nature à durée indéterminée. La transposition proposée est donc bien un choix français, puisqu'on aurait pu envisager qu'il n'y avait pas lieu de modifier l'existant. Ainsi en découle-t-il un autre aspect quant aux rapports avec le droit de l'Union : ce dernier apparaît comme « *une couverture* », on se cache derrière le droit européen et ses exigences oubliant de mentionner que les choix quant à la mise en œuvre des principes édictés demeuraient à la libre appréciation des États membres, sachant que la transposition découle bien d'une volonté française. Le souhait d'introduire le contrat

³⁵⁵ Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, JO n° L 175 du 10/07/1999 p. 0043 - 0048

³⁵⁶ CE, sect, 27 octobre 1999, n° 178412, *Recueil Lebon* p 335 ; concl. Stahl ; *Droit adm.* : 1999, n°306 ; *Gazette communes* : 13 novembre 1999, p. 64 ; *RFDA* : 1999, p. 1289 ; *RDP* : 2000, p. 362, chron. C. Guettier : « *Considérant qu'il résulte des dispositions législatives précitées que les contrats passés par les collectivités et établissements publics territoriaux en vue de recruter des agents non-titulaires doivent, sauf disposition législative spéciale contraire, être conclus pour une durée déterminée et ne peuvent être renouvelés que par reconduction expresse ; que, par suite, dans le cas où, contrairement à ces prescriptions, le contrat de recrutement d'un agent non-titulaire comporte une clause de tacite reconduction, cette stipulation ne peut légalement avoir pour effet de conférer au contrat dès son origine une durée indéterminée* ».

pérenne dans la fonction publique est donc bien délibéré, la construction législative générale démontre une orientation vers le droit du travail, une logique d'emploi privé : l'outil contractuel apparaît comme un instrument efficace dans cette dynamique.

2 – La généralisation du contrat pérenne en 2012

44 – La loi du 12 mars 2012³⁵⁷ : la « banalisation »³⁵⁸ du contrat à durée indéterminée

La loi relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique de 2012 poursuit les avancées de la loi de 2005 et explicite certains éléments restés troubles dans le processus de pérennisation du contrat. La loi se découpe en trois titres : le premier présente des dispositions visant à lutter contre la précarité dans les trois fonctions publiques, le second vise à encadrer les cas de recours aux agents contractuels et enfin le dernier propose diverses dispositions afin de lutter contre les discriminations. Les propositions visant à lutter contre la précarité s'axent autour d'une titularisation des agents contractuels et d'un accès favorisé, ainsi que de conditions étendues plus explicites quant au contrat à durée indéterminée. Comme cela a été constaté tout au long de l'étude de la construction législative, une volonté progressive et régulière se dessine. La loi de 2012 suggère différents apports, en cadrant davantage le recours aux agents contractuels et la transformation du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée.

45 - Un accès au corps de fonctionnaire favorisé pour les agents contractuels

La première partie de la loi a été jugée la « moins aboutie »³⁵⁹. En effet, la première partie renvoie à des décrets du Conseil d'État, pour la détermination de la nature des emplois pouvant conduire à la titularisation, comme pour les grades et cadres d'emplois auxquels les agents pourront accéder. De plus, la première partie de la loi démontre certaines incohérences. L'accès au corps de fonctionnaire par exemple, bien que clarifié, semble présenter des dispositions quelque peu éparses. Les combinaisons proposées sont parfois étonnantes : un agent qui peut bénéficier d'un contrat à durée indéterminée et qui remplit certaines conditions énoncées, pourra toutefois bénéficier également d'un accès favorisé. Derrière la proposition,

³⁵⁷ Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 13 mars 2012, n°0062, p 4498.

³⁵⁸ JEAN- PIERRE (Didier), « La loi du 12 mars 2012 et la consécration du dualisme statutaire dans la fonction publique », in : *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°36, 10 septembre 2012, 2290.

³⁵⁹ MOURIER (Rachel), S/d, *Fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206

un certain aveu se distingue: la titularisation apparaît, peut-être, comme la réponse la plus efficace.

Ainsi, l'article 1^{er}, identique pour les trois fonctions publiques (articles 13 pour la fonction publique territoriale, article 24 pour la fonction publique hospitalière) vise à favoriser l'accès des agents contractuels au corps de fonctionnaire, par des recrutements réservés et par une prise en compte plus effective de l'expérience et de l'ancienneté³⁶⁰. L'article 2, relatif à la fonction publique d'État, précise ensuite les conditions d'accès suivant les mentions de l'article 1^{er}. Les articles suivants précisent les modalités quant à la prise en compte d'un service effectif d'une durée au moins égale à quatre années, et le report de l'ancienneté pour les agents dont le contrat a été transféré, ou encore pour les agents qui « *bien que rémunérés successivement par des départements ministériels, autorités publiques ou personnes morales distincts, continuent de pourvoir le poste de travail pour lequel ils ont été recrutés* ». Enfin, l'article précité dispose que les agents remplissant les conditions nécessaires à une reconduction de leur contrat en CDI peuvent bénéficier de l'accès à la fonction publique, toutefois si ces derniers sont employés à temps incomplet, ils doivent effectuer au moins 70 % d'un temps complet. L'accès au corps de fonctionnaire et ses modalités sont présentés dans l'article 5 pour la fonction publique d'État, et pourra s'effectuer de trois manières : par des examens professionnalisés réservés, des concours réservés et des recrutements réservés sans concours pour l'accès au premier grade des corps de catégorie C accessibles sans concours. L'intention est manifeste et claire : il s'agit de prendre en compte les acquis de l'expérience professionnelle. L'article 6 de la loi de 2012 détermine les conditions d'accès au corps de fonctionnaires pour les agents contractuels. Concernant les agents titulaires d'un contrat à durée déterminée et remplissant les conditions énoncées précédemment, ils ne pourront « *accéder qu'aux corps de fonctionnaires dont les admissions relèvent d'une catégorie hiérarchique équivalente à celle des fonctions qu'ils ont exercées pendant une durée de quatre ans en équivalent temps plein dans l'administration auprès de laquelle ils sont éligibles* ». Toutefois, si les agents ont acquis une ancienneté supérieure à quatre ans, l'ancienneté s'appréciera « *au regard des quatre années pendant lesquelles l'agent a exercé les fonctions équivalentes à la ou aux catégories les plus élevées* ». Pour les agents titulaires d'un contrat à durée indéterminée, ces derniers ne pourront accéder qu'aux corps de

³⁶⁰ Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 13 mars 2012, n°0062, p 4498, article 1^{er} : l'accès au corps de fonctionnaire « *dont les statuts particuliers prévoient un recrutement par la voie externe peut être ouvert par la voie de modes de recrutement réservés valorisant les acquis professionnels, dans les conditions définies par le présent chapitre et précisées par des décrets en Conseil d'État, pendant une durée de quatre ans à compter de la date de publication de la présente loi* ».

fonctionnaires dont les missions relèvent d'une catégorie hiérarchique équivalente à celle des fonctions qu'ils exercent à cette date.

46 - La transformation du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée

L'article 8 produit une nouveauté remarquable de la loi de 2012, en précisant désormais que la transformation du contrat en CDI sera obligatoirement proposée à l'agent bénéficiant « *d'une durée de services publics effectifs, accomplis auprès du même département ministériel, de la même autorité publique ou du même établissement public, au moins égale à six années au cours des huit années précédant la publication de la présente loi* ». Néanmoins, la durée requise est réduite à trois ans de services effectifs pour les agents âgés d'au moins cinquante-cinq ans. La loi le précise ensuite, le contrat proposé pourra prévoir des modifications quant aux fonctions exercées si ces dernières relèvent d'un même niveau de responsabilité. Toutefois, si l'agent n'accepte pas les modifications, les stipulations en cours demeureront.

La loi de 2012 redessine les contours de la transformation du contrat des agents contractuels à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. Ainsi l'article 37 de la loi de 2012 intègre un article 6 bis à la loi du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique d'État, précisant que les contrats conclus à durée déterminée le sont pour une durée maximale de trois ans. Ces derniers « *sont renouvelables par reconduction expresse dans la durée maximale de six ans* ». Les contrats conclus ou renouvelés pour un agent justifiant d'au moins six années de services effectifs sont, par décision expresse, à durée indéterminée. L'article poursuit en précisant les modalités quant à la prise en compte de la durée effective de six années : l'agent doit avoir effectué un service effectif de six années dans le même département ministériel, la même autorité publique ou le même établissement public. De plus, « *les services accomplis à temps incomplet et à temps partiel sont assimilés à du temps complet* », les services accomplis de manière discontinue pouvant toutefois être pris en compte dans la limite où la durée d'interruption entre les deux contrats n'excède pas quatre mois. Dans la situation où l'agent justifie d'une ancienneté suffisante en cours de contrat, le contrat de l'agent sera réputé conclu à durée indéterminée. Enfin, l'article énonce les cas de recours au contrat à durée indéterminée en précisant que « *lorsque l'État ou un établissement public à caractère administratif propose un nouveau contrat à un agent contractuel lié par un contrat à durée indéterminée à l'une des personnes morales mentionnées à l'article 2 pour exercer des fonctions relevant de la même catégorie hiérarchique, le contrat peut être conclu pour une durée indéterminée* ». Une remarque se distingue de l'étude de la loi de 2012 : l'efficacité de

la loi s'avère relative. Si à première vue, la généralisation du contrat à durée indéterminée apparaît comme nécessaire et entraîne une pérennisation sécurisante, des nuances doivent être apportées. Les conditions régissant la transformation du contrat en contrat à durée indéterminée, sont très limitatives et peuvent s'avérer insuffisantes. De plus, la précarité n'est envisagée dans la loi que sous le prisme du contrat à durée déterminée : la précarité découlant des autres contrats précaires, comme la vacation, n'est pas traitée.

Indéniablement, la loi de 2012 est une confirmation de la consécration du contrat pérenne dans la fonction publique. Néanmoins, si le contrat à durée indéterminée semble présenté comme un moyen de lutte efficace contre la précarité dans la fonction publique, le principe, en vertu duquel les emplois permanents doivent être occupés par des fonctionnaires, est également rappelé dans la loi de 2012. La loi de 2012 consacre ainsi une exception, qui se généralise et concourt à étoffer progressivement un quasi-statut de l'agent contractuel. Des ambiguïtés et des difficultés persistent néanmoins. D'une part, si la pérennisation du contrat est consacrée, les corollaires à cette dernière s'avèrent parfois fragiles, comme lorsqu'il est question de prise en compte de l'ancienneté. D'autre part, certaines incohérences, relevées notamment dans le livre blanc de 2008 malgré la consécration du contrat pérenne en 2005, persistent. Le livre blanc mettait en avant un manque de cadrage et de pertinence quant aux cas de recours aux agents non titulaires. Par exemple, selon le rapport, « *la distinction entre emplois permanents et emplois non permanents est devenue, du point de vue fonctionnel, désormais peu pertinente* »³⁶¹. Le livre blanc relevait également « *qu'entre les trois fonctions publiques, les cas de recours au contrat ne se recoupent pas exactement et que les types de contrats proposés diffèrent également sans raison compréhensible* »³⁶². Le rapport Silicani soulignait l'importance, croissante en termes de gestion, du recours aux agents contractuels tout en dénonçant les plans de titularisation qu'il jugeait bien trop onéreux. Si les cas de recours ont bien été spécifiés par la loi de 2012, la distinction entre emploi permanent et non permanent demeure sans réelle précision et des divergences persistent, pour des raisons peu explicitées, entre les trois fonctions publiques. De plus, bien que le contrat pérenne soit à nouveau consacré, le plan de lutte contre la précarité demeure couplé avec un plan de titularisation, bien que « coûteux » pour J.-S. Silicani. Entre les lignes, il est possible de percevoir une certaine consécration de l'approche statutaire malgré tout : le fonctionnariat demeure la situation la plus stable et protectrice pour les agents.

³⁶¹ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 110

³⁶² *Ibid.*

L'approche statutaire est l'objet de différentes attaques en provenance des rapports traitant de l'avenir de la fonction publique, comme de la construction législative entamée dans les années 2000. Les propositions, liées aux réformes législatives, utilisent des « armes » communes. D'une part, il s'agit d'estomper progressivement les frontières entre le secteur privé et le secteur public afin de préparer à la dilution du droit de la fonction publique dans le droit commun. D'autre part, la généralisation du contrat apparaît comme un instrument efficace afin de poursuivre l'étiollement du particularisme. Bien évidemment, toutes ces atteintes ne sont pas sans objectif, et le but principal semble l'intégration muette et progressive d'une nouvelle idéologie gestionnaire servie par un modèle de fonction publique rénové. Malgré les atteintes, dresser un tableau sombre et accablant pour l'avenir du statut ne serait pas opportun, puisque, une persistance de l'approche statutaire se distingue néanmoins. Certaines propositions et dispositions ne sonnent pas le glas du statut, et les plus récentes semblent même consacrer l'approche statutaire.

Section 2 : La faveur à l'approche statutaire

Malgré une construction législative, précédée bien souvent par des rapports, hostile à l'approche statutaire, qui semble peu à peu remise en question et délaissée au profit de l'approche contractuelle, le statut persiste et il serait peut-être prématuré et hasardeux de sonner le glas de ce dernier. En effet, les propositions émanant des rapports n'évincent pas distinctement le statut, le principe demeure malgré des aménagements souhaités laissant transparaître un certain délaissement (1§). Comme cela a été démontré à diverses reprises, les rapports, faisant bien souvent office de commandes gouvernementales, sont suivis de réformes plus ou moins en adéquation avec les propositions. Ainsi, dans les différentes réformes entamées depuis 2005, le statut n'est pas évincé et trouve encore sens (2§). L'absence d'éviction franche de l'approche statutaire pourrait être interprétée comme le résultat d'une méthode timorée, visant à ménager tous les acteurs, toutefois, on pourrait aussi y entrevoir une persistance forte du statut expliquant sa nécessité et sa longévité.

1 § Les propositions renforçant l'attachement à l'approche statutaire

Les propositions découlant des différents rapports sélectionnés n'évincent pas le statut. Tous les rapports réaffirment l'attachement au statut, néanmoins ce qui est préconisé est davantage d'aménager ce dernier. En effet, si le statut n'est pas exclu, on ne peut désormais concevoir la fonction publique de demain sans le recrutement contractuel. Ainsi, les propositions sont axées sur une conciliation devenue indispensable : le recrutement statutaire doit coexister au

mieux avec le recrutement contractuel (A). Si les préconisations découlant des rapports renforcent l'attachement à l'approche statutaire en conservant cette dernière, malgré des aménagements, le rapport de 2013 dit « Pêcheur », semble quant à lui consacrer le statut (B).

A – La persistance de l'approche statutaire dans les rapports

L'approche statutaire persiste, notamment dans les rapports Pochard et Silicani. Le principe est rappelé : les emplois permanents demeurent occupés par les fonctionnaires et il n'est pas question de revenir sur cette affirmation (1). Des distinctions apparaissent toutefois, à l'image des volontés exprimées dans les rapports, et portent davantage sur la place accordée au contrat aux côtés du statut. Si le principe n'est pas évincé, il doit nécessairement être aménagé (2). On pourrait dès lors entrevoir une atteinte au statut déguisée, or les exemples des différentes propositions mettent davantage en exergue l'impossible dépossession de la fonction publique de son particularisme, qui malgré toutes les modifications demeure.

1 – Un principe non évincé : les emplois permanents demeurent occupés par les fonctionnaires

47 – Une approche statutaire sauvegardée

Il est bien difficile de distinguer des propositions favorables au statut dans les rapports Pochard et Silicani, un « rituel » s'imposant visant à succéder chaque préconisation en faveur du statut d'une nuance mettant à mal l'approche statutaire. Cette remarque peut s'expliquer par le caractère non affirmé des volontés, tentant de déguiser le véritable but recherché comme cela a été indiqué précédemment. Toutefois, malgré les différentes propositions défavorables au statut, l'approche statutaire et le principe en vertu duquel les emplois permanents doivent être occupés par les fonctionnaires sont sauvegardés. En effet, il n'est pas question, dans les rapports, d'évincer distinctement le statut. Dans le rapport Pochard par exemple, il est clairement rappelé qu'en « *aucun cas, il ne saurait être question de revenir sur les objectifs inhérents à l'idée de statut, qui est de donner un "état" aux fonctionnaires en les protégeant contre toutes formes d'arbitraire et en définissant leurs obligations et leurs droits* »³⁶³. Le modèle de fonction publique actuel est « *garant de l'impartialité de l'administration et de l'égalité d'accès au service public, qui sont les conditions de la cohésion sociale, de telle sorte que proposer de revoir le statut, sous quelque forme que ce soit et en quelque élément que ce soit, revient à s'en prendre à tout un modèle de société* »³⁶⁴.

³⁶³ Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Études et documents du Conseil d'État », n° 54, p 263

³⁶⁴ *Ibid.*, p 239

Bien que l'énonciation précédente vise également à rappeler le débat divisant les partisans du statut, qui ne souhaitent pas que l'on modifie ce dernier, et les fervents défenseurs d'une fonction publique modernisée, la préférence accordée à l'approche statutaire semble tout de même comprise et consacrée. De même, dans le rapport Silicani, où les atteintes au statut semblent renforcées, il est rappelé que le statut s'avère « *un régime moderne et efficace. En effet, le caractère unilatéral et non contractuel de la relation qui unit l'employeur public et l'agent devient bénéfique* »³⁶⁵. Les rapports consentent à reconnaître que : le statut garantit, d'une part, des principes fondamentaux comme l'impartialité et l'égalité d'accès à la fonction publique, et peut, d'autre part, démontrer une réelle efficacité en termes de gestion par le caractère unilatéral de la relation unissant l'employeur public et l'agent.

48 – Une sauvegarde du principe statutaire « de complaisance »³⁶⁶

La motivation, exprimée dans les rapports, justifiant la sauvegarde du principe statutaire semble se résumer ainsi : le modèle statutaire doit être préservé pour ne pas brusquer, les agents notamment, attachés au statut. Le changement doit ainsi s'effectuer progressivement, sans brutalité. Comme cela a été souligné auparavant, il est difficile d'identifier les véritables volontés exprimées dans les rapports puisque des contradictions apparaissent continuellement. Les rapports expliquent que le statut trouve encore sens par les garanties qu'il procure, et l'efficacité qui le caractérise lorsqu'il est employé correctement. Néanmoins, la sauvegarde du statut affirmé se prolonge quasi-systématiquement d'une proposition contraire à l'approche statutaire. Lorsqu'il s'agit de présenter les raisons justifiant l'attachement au statut et les propositions n'excluant pas ce dernier, le rapport Pochard souligne que, en ce qui concerne le particularisme de la fonction publique, « *l'opinion publique comme les agents eux-mêmes, tout en souhaitant une évolution, sont certainement plus ouverts à une réforme interne en profondeur qu'à la mise en place d'un système dual de fonction publique* »³⁶⁷. Le rapport Silicani présente une position similaire : on ne peut écarter le statut « *auquel est attaché l'ensemble des organisations syndicales et les agents publics* »³⁶⁸, le statut pouvant constituer « *un régime moderne et efficace* » lorsque « *l'on respecte ses fondements* ». Les rapports font ainsi état d'un constat important : l'opinion publique, comme les agents publics et les organisations syndicales, est attachée au modèle statutaire. Toutefois, si l'avis des différents

³⁶⁵ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 101

³⁶⁶ www.larousse.fr : Définition, complaisance : « Disposition d'esprit de celui qui cherche à faire plaisir en s'adaptant aux goûts ou aux désirs de quelqu'un ».

³⁶⁷ Conseil d'Etat, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n° 54, p 317

³⁶⁸ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 101

acteurs semble pris en considération, entre les lignes s'échappe l'idée d'un attachement inconsidéré et inopportun des acteurs visés, appuyant le cliché habituel d'une fonction publique immobile, où les défenseurs du modèle actuel ne mesurent pas la nécessité de moderniser la fonction publique. Les raisons justifiant la sauvegarde du statut dans les propositions ne résident pas dans l'efficacité du statut, ou encore dans la préservation des principes sur lesquels la fonction publique repose, mais davantage dans des questions de complaisance.

2 – Un principe aménagé : la conciliation du statut avec le contrat

49 – Une approche statutaire indissociable de l'approche contractuelle

Le principe statutaire n'est pas évincé dans les rapports, mais il n'est toutefois pas consacré. Si le statut demeure, il doit néanmoins cohabiter avec le contrat. Ainsi, pour les rapports, le principe incarné par le recrutement statutaire doit être aménagé. La conciliation entre le statut et le contrat est au cœur des rapports. Par exemple, dans le rapport Pochard il est précisé que le statut et le particularisme de la fonction publique trouvent sens, et qu'il ne serait pas opportun de rejeter en bloc le modèle actuel. De plus, pour Marcel Pochard, la généralisation du contrat dans la fonction publique ne serait pas une solution adéquate, cette dernière entraînant de nombreuses difficultés, notamment d'ordre gestionnaire. Toutefois, il est davantage préconisé de réformer en profondeur le statut, autrement dit d'adapter ce dernier à l'aide du recrutement contractuel lorsque cela est nécessaire. Le contrat occupe une place étonnante dans le rapport Pochard, car s'il n'est pas préconisé de recourir plus librement et de façon généralisée aux agents contractuels, on retrouve l'idée conventionnelle dans les relations entre l'administration et le fonctionnaire : *« s'agissant des fonctionnaires, le choix de prévoir que leur situation puisse être, si besoin est, en partie régie par des stipulations contractuelles trouverait sa justification, comme son véritable intérêt, dans l'évolution actuelle tendant à donner plus de place à la notion d'emploi »*³⁶⁹. La nécessaire conciliation du statut et du contrat est ainsi recherchée pour le fonctionnaire. Dans le rapport Silicani, la démarche est différente. Le livre blanc propose, lui aussi, d'aménager le statut, mais il préconise de généraliser le recours aux agents contractuels. La question de la conciliation du statut et du contrat se pose de façon plus large : *« une coexistence semble possible et souhaitable entre le statut qui demeurerait la modalité principale de l'emploi public, et le contrat qui la compléterait, dès lors que l'un et l'autre seraient profondément modernisés par*

³⁶⁹ Conseil d'Etat, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n° 54, p 342

rapport à la situation actuelle et que les règles de leur usage respectif seraient clarifiées »³⁷⁰. La question de la répartition entre les deux recrutements intéresse davantage le livre blanc. Le rapport Silicani imagine ainsi la répartition suivante : d'une part, des « *emplois correspondant à des missions de souveraineté ou comportant des prérogatives de puissance publique seraient occupés, à titre principal, par des agents titulaires, et, à titre complémentaire, par des contractuels de droit public* » ; et d'autre part, « *les autres emplois des collectivités publiques seraient occupés, à titre principal, par des agents titulaires et, à titre complémentaire, "en régime de croisière", par des contractuels de droit privé* »³⁷¹. On distingue ainsi, bien que le livre blanc s'en défende auparavant et que les agents titulaires occupent à titre principal les emplois permanents, l'idée d'une dissociation du recrutement entre les agents occupant des fonctions dites régaliennes de l'État, et les autres agents.

50 – Une préoccupation : la dualité de la fonction publique

Les rapports promeuvent chacun le recrutement contractuel, bien que des différenciations doivent être soulignées. Toutefois, le rapport de 2003 et le livre blanc mettent en garde quant à une difficulté découlant de la juxtaposition des deux recrutements : l'instauration d'une certaine dualité dans la fonction publique. Cela peut paraître contradictoire, puisque lorsqu'on prône le recrutement contractuel apposé aux côtés du principe statutaire, nécessairement on tente d'assembler deux modes bien distincts conduisant à une certaine « bipolarité ». Les rapports semblent dès lors mesurer la difficulté principale, identifiée comme l'origine d'une certaine précarité dans la fonction publique : la dualité. Toutefois, même si la dualité doit être écartée, les propositions apportées semblent concourir au processus d'opposition de deux mondes singuliers aux logiques parfois contraires. Le rapport Pochard expliquait ainsi que l'opinion publique, les agents et les syndicats préféreraient une réforme en profondeur du statut, plutôt que de voir apparaître une fonction publique duale. Néanmoins, il était préconisé par la suite, d'employer deux méthodes dans le recrutement du fonctionnaire : statutaire et contractuelle. Dès lors, une dualité serait peut-être exacerbée dans la situation même de l'agent titulaire. Dans le livre blanc de Silicani, la question d'une fonction publique duale est évoquée à diverses reprises : « *Il apparaît donc difficile de construire un système idéal de "fonction publique duale", c'est-à-dire dans lequel certains emplois seraient exclusivement occupés par des agents sous statut et d'autres exclusivement sous le régime du contrat. Il ne*

³⁷⁰ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 102

³⁷¹ *Ibid.*, p 114

faut donc pas opposer statut et contrat »³⁷². Mais, lorsque le livre blanc propose une répartition des modes statutaire et contractuel du recrutement, en distinguant les emplois correspondant à des missions de souveraineté et les autres, on pourrait justement y entrevoir un renforcement de la dualité de la fonction publique. Une fois encore, des contradictions apparaissent dans les rapports, puisqu'ils semblent lutter contre une dualité, qu'ils alimentent *a contrario*.

B – La consécration de l'approche statutaire dans le rapport Pêcheur

Le rapport Pêcheur de 2013 se distingue des rapports Pochard et Silicani. D'une part, le rapport de 2013 semble réaffirmer avec plus de force l'attachement au statut (1). La méthode employée est sensiblement différente, et se démarque par un certain optimisme. La logique statutaire est l'objet d'une véritable réhabilitation : il s'agit de démontrer que le statut est efficace et que le système de carrière ou le particularisme trouvent encore sens. D'autre part, les propositions découlant du rapport vise à promouvoir la rationalisation du recours au contrat (2). Contrairement aux rapports précédents, ou encore à la construction législative de 2007 à 2012, le contrat n'est pas promu et généralisé, mais il est encadré au contraire. Toutefois, certaines incohérences amènent à nuancer les nouveautés engagées.

1 – Le renforcement de la logique statutaire dans le rapport de 2013

51 - Une méthode employée en 2013 en rupture avec celle des rapports Pochard et Silicani

Tout d'abord, le rapport Pêcheur se distingue des rapports précédents, les rapports Pochard et Silicani, puisqu'il ne dresse pas un constat à charge et pessimiste. Il s'agit d'une méthode différente employée en 2013. Bien que de nombreuses améliorations méritent d'être envisagées, et en découle l'objet même du rapport, le cadre de la fonction publique a « *lui-même évolué, voire beaucoup évolué, et dans l'ensemble plutôt dans le bon sens. Plus que le nombre des modifications législatives intervenues en 30 ans, l'on soulignera l'effet positif des réformes ou novations introduites dans de nombreux domaines* »³⁷³. Le rapport rédigé par Bernard Pêcheur tranche avec ces prédécesseurs et propose une autre méthode. Tout d'abord la synthèse s'adresse, presque pour la première fois, directement aux fonctionnaires qui semblaient être « les oubliés » des deux autres rapports. La prise en compte de leur volonté et de leurs difficultés, démontre une démarche d'amorce de changement dans une plus grande

³⁷² SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 102

³⁷³ PECHEUR (Bernard), *Rapport sur l'avenir de la fonction publique*, Bibliothèque des rapports publics, La documentation française, 2013, p 3

sérénité. La méthode est sensiblement différente, voire opposée à celle de Marcel Pochard et Jean-Ludovic Silicani. Tout d'abord, elle se veut plus optimiste. Il ne s'agit pas de glorifier le système de la fonction publique actuel, ni même de le dénigrer, le rapport propose simplement de l'améliorer. Ainsi, contrairement aux deux autres rapports qui ont essayé de synthétiser et rassembler les critiques émises à l'encontre de la fonction publique, le rapport Pêcheur ne recense pas les blâmes et les évacue rapidement, pour exemple : « *le procès fait à l'administration et aux fonctionnaires est une figure classique et plus que séculaire du débat public* »³⁷⁴. Également, un aspect non abordé dans les précédentes propositions est mis en avant en guise d'introduction : le contexte global économique du pays. La crise s'est intensifiée ces dernières années. Cela est l'occasion de rappeler les difficultés rencontrées par les fonctionnaires qui, à l'instar de nombreuses études sociologiques sur le sujet, expliquent le « *malaise des agents publics et le sentiment de délégitimation qui les habitent* », qui ont des « *répercussions directes sur le fonctionnement des services* »³⁷⁵. Un véritable blocage résulte d'un malaise conduisant à une certaine méfiance des fonctionnaires due à un processus de dénigrement récurrent. Les fonctionnaires sont souvent critiqués et pointés du doigt : dès lors qu'une réforme tente de modifier la fonction publique et son cadre, les agents publics sont méfiants et réticents. Cette situation rend l'application de la réforme impossible puisque bien évidemment elle ne peut se faire sans le travail et le concours des agents. Les rapports de 2003 et 2008 semblent oublier ce point déterminant. Le rapport Pêcheur, quant à lui, ne semble pas effectuer la même erreur que les précédents rapports, et comprend bien qu'aucune réforme ne peut s'appliquer pleinement et efficacement sans l'assentiment des agents publics. Bernard Pêcheur l'explique clairement : « *Il reste que les réformes envisageables en la matière seront d'autant plus opérantes qu'elles seront acceptées ou, du moins, comprises par les agents* »³⁷⁶. Ainsi il est rappelé, pour la première fois, que si les fonctionnaires sont enviés pour la sécurité de l'emploi et la stabilité dont ils bénéficient, « *s'ils bénéficient de la sécurité de l'emploi* », ils n'ont pas été « *épargnés* »³⁷⁷ ou exemptés des difficultés liées à la crise et aux restrictions budgétaires subséquentes.

³⁷⁴ PECHEUR (Bernard), *Rapport sur l'avenir de la fonction publique*, Bibliothèque des rapports publics, La documentation française, 2013, p 34

³⁷⁵ *Ibid.*, p 34

³⁷⁶ *Ibid.*, p 13

³⁷⁷ *Ibid.*, p 14

52 - Une revalorisation du statut affirmé dans le rapport Pêcheur

Bernard Pêcheur est très clair quant au statut et affirme dès l'introduction qu'il ne s'agit pas de dénigrer ce dernier car « *le choix d'une fonction publique statutaire demeure pertinent. Toutefois les dérogations ne sont justifiées que si et dans la mesure où l'intérêt public le commande* »³⁷⁸. Le rapport rappelle, ce qui était déjà précisé en 2003, que le « *cadre de la fonction publique n'est pas figé* »³⁷⁹. La fonction publique n'est pas immobile et elle l'a démontré puisque de nombreuses réformes ont vu le jour, mais surtout elle doit continuer d'être envisagée comme un domaine modifiable, susceptible d'améliorations et perfectible. Si une mutation doit s'opérer, cela n'implique toutefois pas nécessairement de transformation concernant le cadre général : le rapport affirme que les choix d'une fonction publique statutaire, unitaire et de carrière « *demeurent aujourd'hui pertinents* ». Parmi les propositions il est préconisé, par exemple, d'envisager le statut comme un levier de motivation pour les fonctionnaires et non de le limiter à un *a priori* erroné de rigueur. De plus, il est également précisé dans la troisième partie que le régime de carrière est cohérent en termes de gestion des ressources humaines. Néanmoins, concernant le particularisme et la dérogation au droit commun un manque de clarté peut être relevé : il est préconisé que les régimes d'emplois ne dérogent au droit commun que lorsque cela est nécessaire. Il s'agit ainsi d'une réaffirmation de l'attachement à l'approche statutaire, sans appeler de *statu quo* : si le statut doit être conservé il est néanmoins perfectible et nécessite divers aménagements.

2 – La rationalisation du recours au contrat préconisée dans le rapport de 2013

53 – L'encadrement du recours au contrat préconisé dans le rapport Pêcheur

Le rapport Pêcheur se distingue sensiblement des autres rapports puisqu'il préconise de rationaliser le recours aux agents contractuels. Autrement dit, le recrutement contractuel n'est pas évincé, mais il nécessite un cadre ferme : on ne peut déroger au principe que lorsque l'intérêt public le nécessite, et dans des cas limitativement énumérés. Le rapport met ainsi l'accent sur différentes problématiques dont les réponses deviennent urgentes, à commencer par le recours aux agents contractuels, qui s'avère une question « *récurrente et mal réglée* »³⁸⁰. Cette formulation explique bien que la problématique trouve aujourd'hui des solutions, mais ces dernières ne sont pas suffisantes puisque les difficultés persistent. Le

³⁷⁸ PECHEUR (Bernard), *Rapport sur l'avenir de la fonction publique*, Bibliothèque des rapports publics, La documentation française, 2013, p 2

³⁷⁹ *Ibid.*, p 12

³⁸⁰ *Ibid.*, p 56

rapport souligne également les enjeux futurs : la mobilité, la diversité des parcours de formations ou encore l'ouverture vers l'extérieur, qui conditionnent l'attractivité de la fonction publique de demain. L'immobilisme est donc unimaginable pour Bernard Pêcheur : ainsi convient-il de développer les échanges, les mutations et l'offre offerte aux fonctionnaires. Concernant le recours aux agents non titulaires, trois grands axes sont suggérés : il s'agit dans un premier temps de conditionner, législativement, le recours aux agents contractuels pour des emplois de catégorie A à l'impossibilité de recruter un fonctionnaire. Un agent contractuel sera donc recruté pour un emploi permanent seulement à la condition qu'un fonctionnaire n'ait pu l'être en amont. La deuxième suggestion est celle de la création d'un centre des agents non titulaires des autorités administratives indépendantes et des établissements publics administratifs de l'État, laissant ainsi transparaître la logique amorcée : il ne s'agit pas d'une véritable modification du mode actuel de gestion, mais d'une meilleure coordination. Enfin, le rapport préconise de « reconduire », après évaluation, « les dispositifs de recours à l'intérim, plutôt que de laisser se reconstituer des effectifs trop nombreux de contractuels à durée déterminée »³⁸¹.

54 - Une consécration statutaire à nuancer

La valorisation et l'attachement à la logique statutaire sont réaffirmés clairement, mais certaines limites apparaissent : les propositions énoncées peuvent faire l'objet d'une double lecture, et l'objectif poursuivi se distingue mal d'une communication politique. Tout d'abord, le fait de ne déroger au droit commun que dans des circonstances particulières énoncé dans le rapport nécessite quelques précisions. Si le système de carrière n'est pas « archaïque », le système d'emploi n'est pas pour autant inenvisageable, bien au contraire, et Bernard Pêcheur insiste sur ce point. Le système de carrière semble bénéficier d'une certaine réhabilitation, mais celui tourné vers l'emploi n'est pas pour autant exclu, ce qui invite à se demander ce que le rapport cherche à démontrer. Ce dernier exemple montre une autre caractéristique du rapport, cette fois partagée par les deux précédents : un certain manque de clarté. Certaines précisions font également défaut lorsque, par exemple, une des propositions énonce que le « régime d'emploi des agents publics doit déroger au droit commun lorsque cela est nécessaire »³⁸². Il est possible de faire une double lecture suite à cette énonciation quelque peu floue. D'une part, il est permis de comprendre, tout simplement, que lorsqu'on traite de régime d'emploi, le principe est celui du droit commun, et l'exception devient la dérogation

³⁸¹ PECHEUR (Bernard), *Rapport sur l'avenir de la fonction publique*, Bibliothèque des rapports publics, La documentation française, 2013 p 110

³⁸² *Ibid.*, p 9

motivée à ce dernier. D'autre part, il est envisageable d'entrevoir une tout autre lecture. Ce qui est étonnant dans la formulation employée, réside dans la distinction avec le droit commun. Le droit de la fonction publique déroge au droit commun, il se distingue ainsi par un particularisme. Le principe est donc que le régime des agents publics déroge au droit commun, et certaines exceptions permettent de rapprocher les agents publics du droit commun. Or, le principe semble inversé dans la formulation : on ne peut déroger au droit commun que lorsque cela est nécessaire. Ainsi, peut-être, malgré la préférence envers le système de carrière et le maintien du particularisme du droit de la fonction publique invoqués dans le rapport, on pourrait entrevoir dans cette brève énonciation la fin du particularisme et l'inversion du principe et de l'exception. Le droit commun du travail deviendrait la règle à suivre, notamment lorsqu'il est question de régime d'emploi. Ensuite, une autre difficulté préalablement invoquée mérite d'être relevée : la difficile distinction de l'objectif poursuivi par le rapport. En effet, il a été relevé que les rapports apparaissaient parfois comme des commandes gouvernementales. Ce changement de « cap » opéré dans le rapport Pêcheur, notamment lorsqu'il est question du recours au contrat, s'explique principalement par le changement de gouvernement, et ainsi d'idéologie. Dès lors, la question de l'objectif poursuivi s'impose : soit on souhaite employer une autre méthode, suivre un autre modèle, plus efficace, visant à réaffirmer la faveur statutaire ; soit les propositions regroupées dans le rapport ne sont, pour grande partie, qu'une communication politique visant à justifier une future réforme plus adaptée au gouvernement socialiste.

2 § Les dispositions renforçant l'attachement à l'approche statutaire

Bien que la construction législative étudiée depuis 2005, avec la reconnaissance du contrat pérenne, semble malmener l'approche statutaire et le modèle de fonction publique « traditionnel », des dispositions renforçant au contraire l'approche statutaire sont toutefois à souligner (A). En effet, la formation, par exemple, est une préoccupation des réformes et peut s'avérer un corollaire indispensable au système de carrière et à l'approche statutaire. Les emprunts au droit du travail peuvent interroger également, laissant transparaître une volonté de rompre avec le modèle actuel de fonction publique ; toutefois, les échanges renforcent également le dialogue social et la protection des agents. La faveur statutaire se constate de façon quasi résiduelle dans les réformes engagées depuis 2005, néanmoins, la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits des fonctionnaires³⁸³, à l'image du rapport Pêcheur

³⁸³ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* : 21 avril 2016, n°0094, texte n°2

et de la rupture qu'il semble incarner face aux rapports le précédant, consacre davantage le statut (B).

A – Les dispositions législatives confortant l'approche statutaire avant 2016

Les dispositions législatives issues des lois de 2005 à 2012, semblent hostiles au statut. Toutefois, certaines dispositions confortent, au contraire, l'approche statutaire. D'une part, concernant le recrutement, un des chantiers les plus importants afin de lutter contre la précarité, engagé dans les réformes est celui de l'encadrement des cas de recours aux agents contractuels (1). La loi de 2005, puis la loi de 2012, ont reconnu et généralisé le contrat pérenne, toutefois elles ont également permis de donner un cadre plus ferme au recours à l'agent contractuel. D'autre part, si les emprunts au droit du travail soulignent une volonté de se conformer davantage à une logique d'emploi privé, certaines dispositions revêtent des vertus dépassant la simple constatation d'échanges problématiques : la protection, ou encore le dialogue sont favorisés dans les inspirations travaillistes (B).

1 – L'encadrement des cas de recours aux agents contractuels

55 - Un encadrement imparfait du recours aux agents contractuels avant 2012

Les différentes réformes engagées depuis 2005 ont répondu à une question devenue urgente : l'encadrement du recours au contrat afin de limiter les abus ou encore les renouvellements abusifs du contrat à durée déterminée. Toutefois, le cadre posé à partir de 2005 s'avérait insuffisant. En effet, les différents cas de recours énumérés ne répondaient pas à tous les besoins et de nombreuses précisions manquaient cruellement : concernant la reconduction du contrat à durée déterminée en contrat pérenne notamment.

La loi de 2005³⁸⁴, sous couvert d'une nécessaire mise en conformité avec les exigences européennes, a dû traiter des questions suivantes : l'encadrement des cas de recours au contrat à durée déterminée, la durée du contrat à durée déterminée, le renouvellement du contrat et enfin la transformation de ce dernier en contrat à durée indéterminée. Les conditions justifiant le recours aux agents contractuels sont limitativement énumérées. Ainsi, il est possible de recourir à un agent contractuel lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires correspondant, ou encore, concernant notamment les emplois de catégorie A, lorsque la nature des fonctions et des besoins le justifie. La durée est également précisée : les agents recrutés sont engagés par des contrats à durée déterminée ne pouvant excéder trois ans. Les renouvellements, afin

³⁸⁴ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *JORF* : 27 juillet 2005, n°173, p 12183

de lutter contre les abus, sont désormais encadrés : les contrats seront renouvelés par reconduction expresse, et la durée des contrats successifs ne pourra excéder six ans. À l'échéance des six années, le contrat ne pourra être reconduit que pour une durée indéterminée.

Les quelques précisions amenées en 2005 ont progressivement été complétées : la loi de 2009 relative à la mobilité³⁸⁵, par exemple, traite également du recours au contrat et dispose dans son article 20 que : « *Toutefois, des agents non titulaires peuvent être recrutés pour assurer le remplacement momentané de fonctionnaires autorisés à exercer leurs fonctions à temps partiel ou indisponibles en raison d'un congé de maladie, d'un congé de maternité, d'un congé parental, d'un congé de présence parentale, de l'accomplissement du service civil ou national, du rappel ou du maintien sous les drapeaux ou de leur participation à des activités dans le cadre de l'une des réserves mentionnées à l'article 53, ou pour faire face temporairement et pour une durée maximale d'un an à la vacance d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu dans les conditions prévues par le présent titre* ». Les conditions sont donc claires : le recours aux agents non titulaires ne peut s'effectuer que pour remplacer momentanément un fonctionnaire, ou encore pour faire face temporairement à la vacance d'un emploi qui ne peut encore être pourvu.

56 - Un encadrement renforcé du recours aux agents contractuels en 2012³⁸⁶

Toutefois, la loi de 2012 fut la réforme qui permit d'encadrer les cas de recours aux agents contractuels de façon complète et efficiente. L'encadrement du contrat s'apparente ainsi à une certaine rationalisation et permet de protéger plus efficacement les agents non titulaires. La contention et la construction d'un cadre clair permet dès lors, bien que cela ne semble pas l'objectif principal, de préserver l'approche statutaire malmenée par une utilisation contractuelle approximative et diffuse.

Tout d'abord, il s'agissait d'énoncer clairement et limitativement les cas de recours au CDD. Le principe est rappelé au préalable : les remplacements de fonctionnaires occupant des emplois permanents dans la mesure où ils correspondent à un besoin prévisible et constant, doivent être assurés en faisant appel à d'autres fonctionnaires. Le recours aux agents contractuels est permis afin d'assurer le remplacement momentané de fonctionnaires ou

³⁸⁵ Loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, *JORF* : 6 août 2009, n°0180, p 13116

³⁸⁶ Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 13 mars 2012, n°0062, p 4498

d'agents contractuels autorisés à exercer leurs fonctions à temps partiel ou indisponibles. Le contrat est conclu à durée déterminée et est renouvelable par décision expresse, dans la limite de la durée de l'absence du fonctionnaire ou de l'agent contractuel à remplacer. Le deuxième recours est autorisé afin de faire face à une vacance temporaire d'emploi dans l'attente du recrutement d'un fonctionnaire. Ce deuxième recours prévoit un contrat à durée déterminée qui ne peut excéder un an, pouvant toutefois être prolongé « *dans la limite d'une durée totale de deux ans, lorsque, au terme de la durée fixée au deuxième alinéa du présent article, la procédure de recrutement pour pourvoir l'emploi par un fonctionnaire n'a pu aboutir* ». Et enfin, un agent contractuel peut être recruté pour faire face à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité lorsque cette charge ne peut être assurée par des fonctionnaires. L'encadrement du contrat en cas de transfert fait également l'objet de dispositions nouvelles : « *lorsque, du fait d'un transfert d'autorité ou de compétences entre deux départements ministériels ou autorités publiques, un agent est transféré sous l'autorité d'une autorité ou d'un ministre autre que celle ou celui qui l'a recruté par contrat* », la nouvelle convention devra reprendre les clauses substantielles initiales ; ainsi, si le contrat transféré était à durée indéterminée, seul un contrat de même nature peut être proposé à l'agent. Toutefois, en cas de refus de l'agent d'accepter le contrat proposé, l'autorité d'accueil pourra prononcer son licenciement.

2 – Les emprunts au droit du travail favorables à la protection des agents et au dialogue social

57 – La promotion de la formation tout au long de la vie

Il a été relevé, dans la construction législative, un effort distinct visant à rapprocher le secteur public du secteur privé. Les emprunts directs au droit du travail témoignent de l'attraction soulignée. Toutefois, bien que les emprunts semblent s'inscrire dans un processus plus large, dont la dilution du droit de la fonction publique dans le droit commun semble privilégiée afin d'introduire progressivement une nouvelle idéologie gestionnaire, certaines mentions au droit du travail s'accompagnent d'effets positifs pour les agents : en termes de protection comme concernant la rénovation du dialogue social.

Tout d'abord, outre les emprunts au droit du travail, la promotion de la formation professionnelle des agents est un des exemples permettant de distinguer une certaine consécration de l'approche statutaire. En effet, le statut liant l'agent et l'administration « pour toute la vie », la formation apparaît comme un corolaire indispensable afin d'assurer une bonne relation entre deux acteurs liés pour une durée indéterminée. La formation

professionnelle des agents publics est un des apports de la loi de 2007³⁸⁷, disposant que les agents publics « *peuvent être tenus de suivre des actions de formation professionnelle dans les conditions fixées par les statuts particuliers. Sans préjudice des actions de formation professionnelle prévues par les statuts particuliers, tout agent bénéficie chaque année, en fonction de son temps de travail, d'un droit individuel à la formation qu'il peut invoquer auprès de toute administration* ». Il s'agit ainsi de permettre à chaque agent de se former, s'améliorer et s'adapter tout au long de leur service et de répondre ainsi aux problématiques souvent relevées quant au caractère inadapté de la formation initiale des agents qui se confrontent à de nouvelles exigences au fil des années.

58 – Des emprunts au droit du travail protecteurs pour les agents

Divers exemples pourraient démontrer que l'inspiration travailliste a des effets positifs pour les agents, et n'ont pas pour seul effet de malmener l'approche statutaire. Tout d'abord, la loi de 2009 étudiée précédemment, donne un exemple probant incarné par la possibilité de recourir à l'intérim. À première vue, l'emprunt au droit du travail introduisant le travail temporaire pourrait être accueilli négativement, puisqu'on renforce la défiance statutaire en introduisant des mécanismes propres au secteur privé. Toutefois, *a contrario*, le recours à l'intérim dont la généralisation est préconisée dans le rapport Pêcheur, concourt à contenir la précarité dans la fonction publique. En effet, le recours au travail temporaire permet d'éviter les recours abusifs aux agents contractuels à durée déterminée, mais il a également pour vertu de priver parfois de sens le recours à d'autres agents non titulaires, comme les vacataires. Le statut est malmené par la généralisation des recours au contrat, et une précarité de la fonction publique découle de l'utilisation contractuelle. L'intérim constitue ainsi une alternative efficace, évitant le recours à des agents non titulaire précaires, comme les vacataires.

Ensuite, loi de 2010 relative au dialogue social³⁸⁸ apporte également divers exemples démontrant une certaine protection accrue des agents par la transposition de dispositions ou de mécanismes propres au droit du travail. D'une part, par exemple, concernant la protection des agents investis d'un mandat syndical. À l'image du droit du travail, la loi de 2010 permet de protéger et de reconnaître l'exercice d'un mandat syndical : par exemple, les compétences acquises dans l'exercice du mandat sont prises en compte dans l'ancienneté de l'agent et la promotion de ce dernier, investie d'un mandat syndical, ne peut être entravée bien qu'il y

³⁸⁷ Loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, *JORF* : 6 février 2007, n°31, p 2160

³⁸⁸ Loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 6 juillet 2010, n°0154, p 12224

consacre la totalité de son service. D'autre part, le renforcement des instances est également démonstratif. L'instauration du CHSCT par la loi de 2012, étudié auparavant, apporte nécessairement plus de sécurité aux agents, et permet de traiter de certaines problématiques autrefois délaissées.

59 – Des emprunts au droit du travail favorisant le dialogue social

Outre les dispositions protectrices, les emprunts au droit du travail effectués dans les réformes permettent également de renforcer le dialogue social. Une fois encore, tout dépend du point de vue adopté. On pourrait considérer que la négociation collective, notamment, démontre à nouveau un souhait d'intégrer peu à peu des pratiques propres au secteur privé. Or, on peut également considérer que le dialogue social permet d'impliquer les agents dans les questions essentielles les concernant. Par exemple, la loi de 2010 instaure une participation des agents, à travers les organisations syndicales, dans les négociations portant, entre autres, sur la rémunération : l'article 1^{er} de la loi de 2010 dispose que « *les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour participer au niveau national à des négociations* » relatives à la rémunération, au déroulement de carrière ou encore à la formation professionnelle.

Loi de 2010 instaure également une nouvelle instance : le Conseil commun de la fonction publique. La création de cette instance renforce le dialogue inter-fonction publique. Le Conseil commun de la fonction publique, malgré certaines incohérences, poursuit des objectifs favorables aux agents : l'harmonisation et le dialogue. Le renforcement du dialogue social, bien qu'il interroge sur les motivations réelles le justifiant, ne peut être accueilli de façon exclusivement négative : la participation des agents, à travers notamment une instance commune, répond à un besoin d'écoute, de reconnaissance et d'implication.

*B – Les dispositions législatives consacrant l'approche statutaire dans la loi du 20 avril 2016*³⁸⁹

Un message distinct semble accompagner la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et aux obligations des fonctionnaires : elle apparaît comme un revirement législatif tant elle tranche avec les volontés exprimées depuis 2005 (1). La loi de 2016 semble consacrer davantage l'approche statutaire, se distinguant notamment par une attention particulière visant à défaire les dispositions « emblématiques » des précédentes réformes. Toutefois, la loi de 2016 apparaît également comme une communication politique visant à se démarquer des politiques précédentes et à renforcer l'exemplarité des agents. La loi démontre

³⁸⁹ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* : 21 avril 2016, n°0094, texte n°2

un attachement destiné à l'approche statutaire dans le recadrage du recrutement contractuel qu'elle opère (2). Néanmoins, le possible revirement législatif opéré en 2016 mérite d'être fortement nuancé : certaines questions sont évincées, les avancées sont modestes et le projet de loi initial semble avoir été progressivement édulcoré : les amendements, déposés à l'Assemblée Nationale, au Sénat et par le gouvernement ont parfois démontré un certain recul, conduisant à une dénaturation de la loi promulguée. Le renouvellement de l'attachement à l'approche statutaire ne semble pas véritablement démontré et le contrat pérenne est bien loin d'être évincé.

1 – Un possible revirement législatif en faveur du statut opéré par la loi de 2016

60 – Une loi issue d'un compromis

Un projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires présenté par la Ministre de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique Marylise Lebranchu a été enregistré à l'Assemblée Nationale le 17 juillet 2013³⁹⁰. La Ministre l'annonçait clairement : « *En modifiant, par ce projet de loi, le statut général des fonctionnaires, le Gouvernement exprime son attachement à notre système de fonction publique* ». La volonté témoignée dans le projet de loi initial est intéressante : le projet démontrait un souhait d'abandon de la logique privée engagée afin de démontrer davantage un « *attachement à notre système de fonction publique* ». La réforme incarnée par le projet de loi de 2013 apparaissait comme une urgence, un changement emblématique, néanmoins, depuis 2013 le processus semblait peu engagé. Ainsi, après une lettre rectificative déposée le 17 juin 2015³⁹¹, le gouvernement a décidé d'engager la procédure accélérée sur le projet de loi le 31 juillet 2015. Le projet de loi a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 7 octobre 2015, et le 27 janvier 2016 par le Sénat. Le projet de loi modifié par le Sénat, déposé le 28 janvier 2016, a été examiné en Commission Mixte Paritaire. Adoptée le 5 avril 2016, la loi relative aux droits et obligations des fonctionnaires a été promulguée le 20 avril 2016³⁹².

La loi étant issue d'un compromis, certains textes jugés « clivants » entre les deux chambres ont finalement été évincés. Toutefois, la loi relative à la déontologie se démarque

³⁹⁰ Projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires n°1278, enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 17 juillet 2013.

³⁹¹ Lettre rectificative au projet de loi (n°1278) relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, présentée par le Premier Ministre Manuel Valls, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 juin 2015, n°2880

³⁹² Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* : 21 avril 2016, n°0094, texte n°2

sur de nombreux points : concernant les obligations déontologiques qu'elle introduit, ou encore lorsqu'il est question des dispositions spécifiques aux juridictions administratives et judiciaires³⁹³. Bien évidemment, il conviendra de s'intéresser davantage dans le cadre de cette étude aux dispositions relatives aux agents non titulaires, et aux modifications visant à promouvoir l'approche statutaire ou à renforcer le contrat pérenne.

61 - Un « dé-tricotage » des réformes antérieures

Un des effets prédominant de la loi réside dans l'action de défaire certaines dispositions antérieures. De nombreuses dispositions, importantes par l'incarnation d'une volonté générale tendant vers une logique d'emploi privée, sont modifiées ou supprimées par la loi de 2016. S'agissant, pour exemple, des dispositions traitant de la mobilité, l'article 59, par exemple, abroge les dispositions prévoyant la situation de réorientation professionnelle dans la fonction publique de l'État et prévoit également des dispositions transitoires pour permettre la réaffectation des fonctionnaires concernés ; de même l'article 7 de la loi de 2016 abroge l'article 14 de la loi du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique qui autorisait l'expérimentation du cumul d'emplois permanents à temps non complet dans les trois fonctions publiques. De nombreux autres exemples peuvent également être relevés : l'article 9 de la loi de 2016 supprime les articles 37 *bis* de la loi du 11 janvier 1984 pour la fonction publique d'État, l'article 60 *bis* pour la fonction publique territoriale et l'article 46-1 pour la fonction publique hospitalière. Ces dispositions prévoyaient dans les trois versants de la fonction publique des dérogations permettant d'effectuer un service à temps partiel, par exemple « *l'autorisation d'accomplir un service à temps partiel, qui ne peut être inférieur au mi-temps, est également accordée de plein droit au fonctionnaire ou à l'agent non titulaire de droit public qui crée ou reprend une entreprise* ». L'article 9 met fin à ces dérogations en les supprimant et dispose que désormais « *les fonctionnaires qui occupent un emploi permanent à temps complet exercé à temps plein et qui ont créé ou repris une entreprise, y compris lorsque celle-ci donne lieu à immatriculation au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers ou affiliation au régime prévu à l'article L. 133-6-8 du code de la sécurité sociale, se conforment, sous peine de poursuites disciplinaires, aux dispositions de la présente loi dans un délai de deux ans à compter de la promulgation de la présente loi* », de même pour les agents qui occupent un emploi permanent à temps complet et qui exercent un ou plusieurs autres emplois permanents

³⁹³ DE MONTECLER (Marie-Christine), « Adoption définitive de la loi déontologie », in : *Dalloz actualité*, 7 avril 2016

à temps complet ou incomplet. Le cumul d'emploi, les dérogations permettant l'accomplissement d'un service à temps partiel pour les agents créant ou reprenant une entreprise, sont des moyens au service d'un renforcement des échanges entre le secteur privé et le secteur public, et ainsi de manière générale, par leurs interactions, ces dispositions permettent de tendre vers une logique davantage tournée vers le secteur privé, lissant ainsi les frontières entre les deux branches du droit. Cette volonté de reconstruire par la destruction de certaines dispositions considérées pourtant lors de leur création comme des pierres importantes dans l'édifice d'une fonction publique modernisée, fait transparaître une volonté de rupture, en opposition avec la construction législative précédente.

Cette volonté apparaît également dans un changement de sémantique, qui trouve pourtant une importance manifeste. Par exemple, l'article 60 de la loi de 2016 remplace la notion de « *performance collective* », introduite par l'article 38 de la loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social, par celle de « *résultats collectifs* », que le gouvernement qualifie de « *plus adaptée aux services publics* ». Ce changement de sémantique est très démonstratif puisqu'il répond au scepticisme et aux critiques d'une partie de la doctrine et de nombreux syndicats qui entrevoyaient dans ces simples formulations « *de prime à la performance collective* » une volonté plus forte. Comme cela a été abordé concernant la loi relative à la rénovation du dialogue social, l'introduction de « *la prime à la performance collective* » n'est pas anodine. Au-delà du mécanisme instauré, elle dénote une certaine individualisation et institue une compétitivité entre les agents, qui pourront être évincés en cas de manquements répétés à l'obligation de servir. Cette prime gratifiait ainsi la performance de l'agent et avait une valeur incitative et motivante, une notion pourtant éloignée du collectif prédominant dans la fonction publique, véritable emprunt à une logique tournée vers l'emploi privé. Le changement proposé par la loi de 2016 marque une volonté de rupture puisque c'est bien le terme de « *performance* » qui pose problème. Ainsi, le verbe « *défaire* » comprend une autre définition que l'on peut entrevoir avec le changement de sémantique présenté : « *remettre quelque chose à l'état premier ; réaliser à l'inverse les opérations précédentes* »³⁹⁴. La volonté dégagée dans la loi de 2016 pourrait ainsi résider dans le fait de « gommer » certaines dispositions caractéristiques, afin de revenir aux « fondamentaux » de la fonction publique.

³⁹⁴ www.larousse.fr

62 – Une communication politique : renforcer la probité et l'exemplarité dans la fonction publique

La loi de 2016 devait être envisagée comme une consécration de l'approche statutaire, se manifestant par une volonté de « défaire » certaines dispositions renforçant les échanges entre le secteur public et le secteur privé notamment. Toutefois, la loi apparaît surtout comme une véritable communication politique afin de répondre, d'une part, aux critiques persistantes de l'opinion publique quant à l'exemplarité des agents. Il s'agit, à travers certaines dispositions, de redonner de la confiance aux institutions face aux multiples polémiques et affaires ayant alimenté un certain scepticisme quant à l'exercice des élus et l'exemplarité des hauts fonctionnaires. D'autre part, la loi permet également d'incarner le changement de présidence et de majorité à travers des dispositions qui seraient plus conformes à l'idéologie socialiste. Les dispositions, faisant écho à certaines propositions du rapport Pêcheur, renforcent l'idée d'une réforme programmée afin de communiquer une idée de changement. Toutefois, le processus d'adoption et l'obligation de compromis ont progressivement édulcoré la volonté originelle, conduisant par une loi moins ambitieuse et moins contrastante.

La loi de 2016 s'attache, dès les premières dispositions, à renforcer la probité et l'exemplarité dans la fonction publique. Il est bien difficile de ne pas entrevoir une certaine réponse aux différentes affaires ayant entaché l'image et l'exemplarité des élus et hauts fonctionnaires comme les affaires « Cahuzac » ou, dans une moindre mesure, « Thévenoud ». Ainsi, l'article 1^{er}, du chapitre I^{er} portant sur la déontologie et la prévention des conflits d'intérêts, consacre pour la première fois dans le droit de la fonction publique les valeurs fondamentales communes aux agents publics : « *Le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité* ». On retrouve également les principes de neutralité, laïcité et la liberté de conscience. L'article 2 poursuit cette initiative en considérant l'agent public comme un gardien des principes déontologiques, en disposant que le fonctionnaire doit veiller à « *faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver* ». L'objectif d'exemplarité des agents de la fonction publique se traduit dans la loi de 2016 par la prévention des conflits d'intérêts ; ainsi, des obligations légales sont envisagées afin de répondre à cette nécessité. Le chapitre III, par exemple, est relatif à la commission de déontologie de la fonction publique et prévoit, notamment, d'élargir les compétences de la commission de déontologie de la fonction publique en lui attribuant de nouvelles prérogatives : la possibilité de rendre un avis, sur saisine de l'administration, sur un texte relatif à l'application des dispositions relatives aux

valeurs, aux obligations et à la déontologie. La commission est chargée, notamment, d'examiner la compatibilité du projet de création ou de reprise d'une entreprise par un fonctionnaire.

63 – Une communication politique : une volonté de se démarquer progressivement atténuée

Toutefois, la volonté initiale guidant le projet de loi semble avoir été dénaturé, et cela parfois par le jeu politique. L'étude du projet de loi et son parcours sont intéressants. Par exemple, on retrouve les effets du changement du gouvernement Ayrault par le gouvernement Valls. La lettre rectificative déposée par le Premier Ministre Manuel Valls semblait modérer certaines dispositions précédemment présentées dans le texte initial. Certains amendements déposés par le gouvernement à l'Assemblée nationale démontraient également une volonté de modérer les dispositions « trop » favorables au statut, ou encore se distinguaient par une certaine contradiction. En effet, le projet de loi visait, initialement, à renforcer l'attachement statutaire ; or, un amendement³⁹⁵ présenté par le gouvernement et adopté par l'Assemblée proposait de généraliser le primo-recrutement en CDI. Cette nouvelle disposition apparaît contraire à la volonté originelle dégagée dans le projet de loi : on souhaite renforcer l'attachement au statut, or on renforce l'exception en reconnaissant le primo-recrutement en CDI. L'ajout découlant de l'amendement précité donne une suite favorable à l'expérimentation engagée dans la loi Sauvadet, et, en tranchant distinctement avec l'arrêt *Bayeux*, est davantage en conformité avec l'arrêt du Conseil d'État du 30 septembre 2015³⁹⁶, reconnaissant le recrutement initial en CDI concernant les agents occupant un emploi fonctionnel dans la fonction publique territoriale, sans obligation de déclaration préalable de vacance d'emploi. En s'attachant à la construction de la réforme proposée dès 2013, on pourrait ainsi aisément identifier une certaine « édulcoration » progressive du projet de loi pour arriver à une loi bien moins « tranchante » avec les volontés la précédant.

³⁹⁵ Amendement n° CL95 déposé par le gouvernement

³⁹⁶ CE, 30 septembre 2015, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques c/te Communauté d'agglomération Côte Basque-Adour*, n°375730, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : novembre 2015, p 2105, note M.-C. De Montecler : « Considérant que les dispositions citées ci-dessus de l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984 autorisent le recrutement direct, sans publicité de la création ou de la vacance de l'emploi dont il s'agit ni concours, de fonctionnaires ou d'agents non titulaires, pour occuper les emplois fonctionnels dont elles dressent la liste ; que ces dispositions, qui ne fixent pas la durée des contrats de recrutement qui peuvent être proposés dans ce cadre, doivent être regardées comme dérogeant aux dispositions des articles 3-3 et 3-4 de la loi du 26 janvier 1984 qui régissent la durée des contrats conclus par les collectivités et établissements publics territoriaux en vue du recrutement des agents non titulaires pour occuper des emplois permanents ; qu'il en résulte que le recrutement d'un agent non titulaire, sur le fondement des dispositions de l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984, peut donner lieu à un contrat à durée déterminée ou à durée indéterminée ».

Le jeu politique semble intervenir, mais le jeu « des majorités » semble également avoir malmené le texte initial puisque le Sénat, par exemple, a déposé certains amendements apparaissant en contradiction avec l'esprit du projet de loi. Le Sénat, par exemple, souhaitait voir disparaître le recours au travail temporaire dans la fonction publique, le dispositif étant peu utilisé et extrêmement coûteux. Toutefois, l'intérim apporte également plus de sécurisation aux agents précaires employés pour une mission déterminée, contrairement à la vacation par exemple. Le rapport Pêcheur préconisait ainsi de recourir de façon généralisée au travail temporaire. La balance est à nouveau en déséquilibre, puisqu'on oscille entre des considérations financières incarnées par la nécessaire résorption du déficit en éliminant les dispositifs coûteux, et la nécessaire sécurisation des agents. Si la proposition du Sénat n'a pas été adoptée, l'intérim persistant, les différentes réticences, oppositions et la différenciation des conceptions semblent toutefois scléroser la volonté initiale, pour terminer par une loi conciliante, au détriment de l'identité promue au départ.

2 – Un recadrage visant à promouvoir l'approche statutaire dans la loi de 2016

64 – Un recadrage a priori en défaveur de l'approche contractuelle

Le recadrage effectué dans la loi de 2016 vise une action principale : il s'agit d'apporter des précisions quant à des questions soulevées en pratique ou d'éclaircir des dispositions floues. L'objectif de la loi est clair : il convient de revenir aux valeurs fondamentales de la fonction publique et d'éclaircir les dispositions imprécises. Le travail de recadrage s'effectue dans le chapitre réservé à l'amélioration de la situation des agents non titulaires. Ainsi, concernant le travail d'éclaircissement, l'article 40 répond ainsi à une problématique soulevée à différentes reprises en consacrant la prise en compte des activités exercées auprès de différents employeurs lorsque l'agent a occupé le même poste de travail afin d'apprécier les conditions nécessaires à la transformation du contrat en contrat à durée indéterminée. Cette consécration apparaissait comme nécessaire puisqu'il s'agit de reconnaître les acquis issus de l'expérience et se conformer à une certaine logique : si la mobilité doit être promue et consacrée, cela ne peut s'effectuer sans prendre en compte les expériences découlant des activités exercées auprès des différents employeurs. De plus, la prise en compte de l'ancienneté des salariés repris par une personne morale de droit public permet de déterminer l'éligibilité des nouveaux agents contractuels à l'obtention d'un contrat à durée indéterminée ou aux dispositifs de titularisation. Ainsi, les dispositions permettent un éclairage quant aux questions posées : les clauses substantielles du contrat doivent être reprises par la personne publique. Proposant une

symétrie avec les dispositions prévues pour les agents d'une personne morale de droit public repris par une autre personne publique, la loi de 2016 précise que l'agent pourra bénéficier d'une transformation de son contrat en contrat à durée indéterminée s'il remplit les conditions. La loi de 2016 apporte également des précisions quant aux silences laissés parfois dans l'édition de dispositions imprécises. Ainsi, l'article 44 précise les dispositions de l'article 6 *bis* pour la fonction publique d'État, et ajoute une formulation : « *en cas de refus par l'agent de l'avenant proposé, l'agent est maintenu en fonction jusqu'au terme du contrat à durée déterminée en cours* ». La loi de 2016 met simplement fin à une imprécision : lorsque l'agent atteint les conditions nécessaires à la transformation de son contrat en contrat à durée indéterminée et qu'il refuse l'avenant signifiant la transformation, l'agent contractuel continuera son contrat jusqu'au terme convenu initialement.

Concernant le recadrage du recours aux agents contractuels, l'article 43 restreint les cas permettant de déroger au principe de l'occupation des emplois permanents par des fonctionnaires ; autrement dit, les dispositions viennent encadrer le recours aux agents contractuels pour des emplois permanents, et précisent que la dérogation doit être accordée pour une durée déterminée, et fera l'objet d'un réexamen afin de déterminer si une exception au principe est toujours nécessaire.

65 – Un revirement législatif à nuancer

De nombreux doutes amènent à nuancer le possible revirement législatif que pourrait incarner la loi de 2016. D'une part, la situation des agents non titulaires, malgré certaines améliorations, ne semble pas tendre vers la sécurisation. D'autre part, le contrat pérenne ne semble pas évincé, ou rationalisé, ce qui interpelle quant à la volonté pourtant promue de réaffirmer l'attachement au principe statutaire.

La première question porte sur la satisfaction à l'objectif énoncé : « *améliorer la situation des agents non titulaires* ». Pour répondre à cette question, il convient de mettre divers éléments en lumière. Tout d'abord, certaines avancées au service des agents contractuels méritent d'être énoncées. Par exemple, l'article 39 prévoit une prise en compte plus effective du profil de l'agent recruté par contrat, *via* des modalités permettant d'apprécier de façon plus efficace les compétences et aptitudes de l'agent. L'article 40 permettant de reconnaître les acquis issus de l'expérience de l'agent du fait des activités exercées et du poste de travail qu'il a occupé auprès de divers employeurs, ou encore la prise en compte de l'ancienneté du salarié repris par une personne morale de droit public quant à l'appréciation des conditions nécessaires à la

transformation de son contrat de travail en contrat de travail à durée indéterminée, sont autant d'exemples visant à démontrer un objectif d'harmonisation et de clarté dans le paysage parfois bien brumeux des agents contractuels partagés entre deux branches du droit bien distinctes. Néanmoins, il apparaît difficile de considérer que les améliorations proposées soient proportionnelles à la précarité découlant d'un contrat à durée déterminée. Les propositions sont donc intéressantes et concourent à une amélioration, mais ne s'avèrent pas à la hauteur du problème. L'objectif énoncé ne semble pas avoir cette prétention : une fois encore la sémantique est très démonstratrice, il ne s'agit pas de « *résorber l'emploi précaire* » comme énoncé dans les réformes précédentes, mais d'améliorer la condition des agents, ce qui signifie « *augmenter les qualités, les capacités, le niveau de quelque chose, de quelqu'un, les rendre meilleurs*³⁹⁷ », autrement dit il s'agit de tendre vers une situation plus stable pour les agents contractuels, sans prétendre y parvenir par ces seules propositions. Ainsi les nouvelles dispositions sont clairement insuffisantes afin d'améliorer pleinement et de façon effective la situation des agents non titulaires. Le but poursuivi ne semble pas, de plus, clairement la protection des agents contractuels. Les différentes dispositions s'axent autour d'un rappel : les emplois permanents sont occupés par les fonctionnaires. Les exceptions au principe sont limitées et encadrées. Toutefois, une fois de plus, la loi ne s'attache pas à tous les contrats précaires qu'il est possible de recenser dans la fonction publique et ne traite que d'une partie des agents précaires. Il convient également d'ajouter une préférence désormais clairement affirmée dans la loi de 2016 quant à la qualification d'agent contractuel au détriment du plus « générique » agent non titulaire (art. 46).

La situation est, une fois de plus, délicate : améliorer la situation des contractuels amène à pérenniser cette dernière, puisque la sécurité de l'emploi s'oppose à la précarisation. Cet objectif ne se concrétise de manière pleine que par la titularisation ou la transformation du contrat en contrat à durée indéterminée ; toutefois, généraliser le contrat conduit nécessairement à des effets précarisant. Mais également, le recours au contrat pérenne malmène la logique statutaire. Sur cette question, la volonté apparaît bien moins claire. A l'origine, le projet de loi démontrait une volonté de rompre avec la logique dégagée dans les réformes précédentes, et l'objectif était clairement de renforcer l'attachement à la logique statutaire. Or, le contrat pérenne est bien loin d'être évincé puisqu'il est au contraire généralisé. Ainsi, par exemple, l'article 45 intègre, après le premier alinéa de l'article 6 *bis* de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 précitée, la disposition suivante : « *Le contrat pris en*

³⁹⁷ www.larousse.fr

application du 1° de l'article 4 peut être conclu pour une durée indéterminée ». Il s'agit, comme cela a été traité auparavant, de favoriser le primo-recrutement en CDI. L'article 43 précise également que, concernant « *les emplois des établissements publics qui requièrent des qualifications professionnelles particulières indispensables à l'exercice de leurs missions spécifiques et non dévolues à des corps de fonctionnaires* », ces derniers doivent être inscrits sur une liste pour une durée déterminée, et que les « *agents occupant ces emplois sont recrutés par contrat à durée indéterminée* ». Ajouté à la prolongation du « plan Sauvadet », le recours au contrat pérenne, loin d'être écarté, semble même favorisé.

Le bilan est donc en demi-teinte et les avancées semblent insuffisantes. Les propositions s'avèrent encore paradoxales, la balance est toujours en déséquilibre, qu'elle penche du côté du contrat ou du côté du statut. Néanmoins, quelques propositions résiduelles ayant survécu s'orientent davantage vers la préservation du particularisme de la fonction publique. Pourtant, il convient de relativiser cette conclusion car comme expliqué auparavant, les dispositions, bien qu'en opposition avec les précédentes, ne semblent pas défaire totalement celles engagées depuis quelques années et si la volonté amorcée est en rupture avec la précédente, elle n'opère pas encore de changements significatifs.

Titre 2 : La régulation de l'emploi précaire par le contrat pérenne

La pérennisation, l'action de rendre durable, s'entend de deux manières lorsque sont abordées les questions relatives au contrat dans la fonction publique. D'une part, et cela a été traité précédemment, la pérennisation implique une installation durable du contrat dans la fonction publique, malgré son caractère *a priori* éphémère et temporaire. D'autre part, la pérennisation du contrat désigne concrètement le contrat pérenne : le contrat à durée indéterminée. Non seulement le contrat s'installe dans une fonction publique pourtant caractérisée par un particularisme l'écartant du droit commun du travail et par une faveur dirigée vers l'approche statutaire, mais de plus le contrat pérenne à durée indéterminée est désormais consacré. Les raisons et motivations expliquant l'utilisation pérenne du contrat et son attractivité sont nombreuses (chapitre 1). Ces dernières s'avèrent indispensables afin de comprendre la fonction régulatrice du contrat pérenne. Le contrat à durée indéterminée semble ainsi constituer un instrument essentiel afin de résorber la précarité découlant des effets du contrat à durée déterminée et de son installation dans la fonction publique (chapitre 2). Toutefois, l'efficacité du contrat afin de répondre à son objectif premier, à savoir réguler l'emploi précaire, est à nuancer.

Chapitre 1 : Les raisons du recours pérenne au contrat de recrutement

Les raisons expliquant la pérennisation du contrat de recrutement dans la fonction publique peuvent se classer en deux grands axes. Tout d'abord, des facteurs internes au droit de la fonction publique conduisent à un mode de recrutement durable (section 1). Des exigences en termes de gestion des ressources humaines, le concept de New Public Management, ou encore des raisons propres aux trois versants de la fonction publique conduisent à l'insertion progressive d'une logique davantage privée et à une pratique contractuelle déployée. Ensuite, un deuxième élément explique également l'installation durable du recrutement contractuel : le droit de l'Union européenne (2§). Bien que les solutions et réformes demeurent bien des choix français, le droit européen influence considérablement le droit interne jusqu'à constituer un facteur tout aussi déterminant que les précédents dans la pérennisation du contrat.

Section 1 : Les facteurs endogènes

La première raison expliquant le recours au recrutement contractuel réside dans son panel d'attractivité pour l'employeur public (1§). Les nouvelles exigences de flexibilité, souplesse ou encore compétitivité qui sont sans cesse martelées depuis quelques années trouvent des émanations bien réelles sur le terrain. Des facteurs communs expliquent ainsi l'attractivité du recrutement contractuel dans la fonction publique en général. Néanmoins, des motivations propres aux trois versants (2§) expliquent également pourquoi le contrat est devenu un mode de recrutement parallèle au statut.

1§–Un recrutement contractuel utile pour l'employeur public

La diversité dans le recrutement et la cohabitation de deux approches pourtant bien différentes (A) démontrent que les nouvelles exigences confrontant les employeurs publics nécessitent des réponses diversifiées et adaptées. L'approche contractuelle présente ainsi des avantages séduisants en termes de souplesse et de gestion, complémentaires à l'approche statutaire qui n'est pas adaptée à toutes les situations (B).

A - La diversification des recrutements : une confrontation conceptuelle

Confrontés à de nouvelles exigences, comme la compétitivité, les employeurs publics requièrent des moyens de recrutements diversifiés. Le contrat apparaît désormais comme un complément statutaire, permettant de répondre aux besoins non assouvis par le statut. Toutefois, la cohabitation statutaire et contractuelle, qui se traduit dans la diversification des recrutements, avance une explication de l'attractivité contractuelle plus complexe : elle

découle d'une opposition conceptuelle entre l'administration traditionnelle de Weber et le New Public Management (1). Différentes manifestations de l'opposition, ou de la cohabitation, conceptuelle peuvent être relevées dans le recrutement (2) : les notions de compétence et de besoins managériaux, la LOLF de 2001 sont autant d'exemples démontrant une attractivité contractuelle justifiée par des concepts, persistants ou nouveaux.

1 – Le concept d'administration traditionnelle confrontée à la Nouvelle Gestion Publique

66 – Le New Public Management

L'attractivité de l'approche contractuelle s'explique par une raison principale : le contrat permet de servir une nouvelle conception. La gestion des ressources humaines qui était *a priori* autrefois abandonnée au secteur privé, est devenue aujourd'hui un enjeu ; le contrat et son utilisation ne peuvent s'expliquer sans le New Public Management (NPM) ou Nouvelle Gestion Publique (NGP) qui a fait une entrée tardive mais remarquée dans la fonction publique française³⁹⁸. Le NPM est apparu dans les années 1980 faisant suite à des crises financières importantes, où il était alors question de réformer le secteur public en encadrant, rationalisant et réduisant les coûts, tout en développant un nouveau management, davantage calqué sur le modèle privé. Le NPM regroupe ainsi les pratiques de management issues du secteur privé et importées dans la sphère publique. Ce processus a ainsi influencé de nombreux pays de l'OCDE, mais arriva finalement en France assez tardivement, où il suscita des manifestations concrètes et répétées à partir des années 2000. L'introduction de cette « nouvelle gestion » dont la flexibilité, l'efficacité et l'efficience sont les maîtres mots, trouva rapidement ses opposants et ses partisans, l'introduction d'une logique de marché dans le secteur public ne laissant pas indifférent. Néanmoins, le NPM n'est pas expliqué par les seules crises financières bien qu'elles en constituent un facteur déclencheur déterminant. Le NPM est un concept complexe puisqu'il est constitué d'emprunts variés autour de différents courants de pensées comme « *le courant néoclassique, la théorie des organisations, la théorie de l'agence et la théorie des droits de propriété* »³⁹⁹. Le NPM reprend enfin des aspects de la théorie du *public choice* de James M. Buchanan, qui repose sur « *l'idée selon laquelle les intérêts d'une organisation publique doivent avant tout être analysés au travers des individus qui la composent et des stratégies qui leurs sont associées* »⁴⁰⁰ ; l'individualisation prime sur le collectif pourtant inhérent à la fonction publique. Le NPM repose ainsi sur une critique

³⁹⁸ AMAR (Anne), BERTHIER (Ludovic), « Le Nouveau Management Public : Avantages et Limites », in : revue RECEMAP (Réseau d'Enseignants, Chercheurs et Experts en Management Public), 2008

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ *Ibid.*

assez féroce de l'administration et du secteur public, représentés comme une bureaucratie rigide, complexe, coûteuse et dépensière, excessivement centralisée. Le secteur public, dans la théorie du NPM, doit nécessairement se calquer sur le modèle privé et les moyens et méthodes de gestion doivent se développer afin d'introduire un management décomplexé, efficace, palliant les lacunes et dysfonctionnements de l'administration.

Le NPM procure divers avantages que de nombreux économistes et gestionnaires soulèvent : tout d'abord le NPM participe à une modernisation de l'action publique, puisqu'il introduit une « rationalité managériale », améliorant ainsi l'image d'une fonction publique et d'une administration en général, complexes et lourdes. Ensuite, le NPM répond également aux exigences de compétitivité, puisque certains considèrent que confier des services à des agences constitue un gain de transparence et d'efficacité. Enfin, l'avantage premier relevé par le concept de NPM et son application réside également dans les économies substantielles qu'il procure.

67 – L'administration conceptualisée par Weber

La conception découlant du NPM est en véritable opposition avec la conception traditionnelle française, conceptualisée par Weber par exemple. Max Weber est reconnu comme étant l'inventeur de l'organisation bureaucratique⁴⁰¹, et cette dernière présente différentes caractéristiques. Pour Weber, le modèle d'organisation le plus efficace est « l'organisation rationnelle ». Elle revêt ainsi une forme bureaucratique aux différentes caractéristiques. Tout d'abord, l'administration Wébérienne est une organisation centralisée dont les objectifs résident dans le respect des règles et procédures mises en place. L'organisation imaginée par Weber suit une hiérarchie pyramidale forte : la hiérarchie des emplois, par exemple, doit être claire, tout comme les compétences requises. Les salaires varient et sont fixés en fonction toujours de la hiérarchie. Pour Weber, l'emploi est la seule occupation professionnelle des agents. Les promotions envisagées s'axent autour de l'évolution de carrière et de l'avancement à l'ancienneté. L'agent public est soumis à sa hiérarchie et doit donc suivre une discipline stricte. Les indicateurs de contrôle sont des indicateurs de suivi. L'organisation bureaucratique prévoit une division, parcellisation et spécialisation des tâches, et les budgets sont axés principalement sur les moyens. Enfin, le recrutement type s'effectue par la voie statutaire. Autrement dit, l'organisation Wébérienne se caractérise par une hiérarchie forte et une totale dépersonnalisation, dans les décisions comme dans les relations. Pour Weber, cette

⁴⁰¹ WEBER (Max), *Economie et société*, tome , les catégories de la sociologie, 1^{er} édition 1921, dernière édition in : Pocket, 2003

organisation est rationnelle car les places sont claires, les rôles également, tandis que la dépersonnalisation et le collectif permettent une organisation rationalisée, raisonnée et juste : « *L'administration purement bureaucratique, donc fondée sur la conformité aux actes [...] par sa précision, sa permanence, sa discipline, son rigorisme et la confiance qu'elle inspire, par conséquent par son caractère de prévisibilité pour le détenteur du pouvoir comme pour les intéressés [...] est, de toute expérience, la forme de pratique de la domination la plus rationnelle du point de vue formel* »⁴⁰². La conception traditionnelle conceptualisée par Weber se distingue ainsi avec évidence du NPM.

68 – Une confrontation des deux concepts d'organisation administrative

La conception de l'administration découlant du NPM est en quasi-totalité opposée à celle de Weber. L'objectif dans le NPM est, comme dans le secteur privé, de satisfaire les clients. L'administré ou l'utilisateur devient un client d'une entreprise publique qui doit ainsi répondre à des résultats et non plus à des règles. L'organisation est nécessairement décentralisée dans le NPM : elle repose sur des délégations de compétences distribuées en réseaux. Le partage de responsabilité est clair, puisqu'une individualisation du travail est prônée, et l'exécution des tâches n'échappe pas à cette règle puisque le maître mot est l'autonomie, bien loin de la parcellisation et de la division instaurées dans une organisation Wébérienne. Toujours en opposition, la promotion se fait par l'avancement au mérite et non à l'ancienneté, favorisant une culture de la performance. Les indicateurs de contrôle sont ainsi des indicateurs de performances. Le budget n'est plus axé sur des moyens mais sur des objectifs clairement définis. Enfin, le recrutement type de cette conception est le contrat. Le NPM répond ainsi à une logique consumériste où les citoyens sont assimilés à des clients, les administrateurs à de véritables managers. La hiérarchie, dont les vertus apparaissent comme essentielles dans la vision wébérienne, est abandonnée au profit de méthodes managériales s'articulant autour des « *trois E : Économie, Efficacité, Efficience* »⁴⁰³. L'opposition est ainsi franche entre les deux concepts : « *la nouvelle gestion publique nie toute différence entre le secteur privé et le secteur public. Elle accorde une importance majeure aux résultats quand le secteur public accorde une importance principale au processus. Elle dénie toute utilité aux hiérarchies administratives, aux statuts des fonctionnaires, et préconise la création d'unités autonomes dirigées par des managers disposant de la même autonomie qu'un chef d'entreprise*

⁴⁰² WEBER (Max), « La domination légale à direction administrative bureaucratique », in : *Économie et Société*, œuvre posthume, 1921, p 15

⁴⁰³ AMAR (Anne), BERTHIER (Ludovic), « Le Nouveau Management Public : Avantages et Limites », *loc. cit.*

privé »⁴⁰⁴. Bien évidemment, dans cette confrontation, l'élément intéressant la présente étude réside dans le recrutement : la vision Wébérienne, toujours appliquée, utilise le statut alors que le concept de NPM voit le contrat comme mode de recrutement privilégié.

Néanmoins, les deux approches ne sont pas exemptes de critiques. Tout d'abord, concernant le concept de NPM, ce dernier présente une vision du secteur privé idéalisée, loin des réalités complexes du droit du travail notamment, et élude ainsi les problématiques qui en découlent. Notamment en termes de management, ce dernier s'avère bien plus difficile et complexe que dans le secteur privé, puisqu'il faut allier et conjuguer les méthodes de gestion avec les principes et valeurs inhérents au droit de la fonction publique. Le caractère inefficace du statut revendiqué par le NPM ne fait également pas consensus. Si les notions de performances et d'objectifs sont promues par le NPM, la motivation apportée par le statut à ces agents, avec un système basé sur l'avancement, la carrière et le mérite constitue également un levier de productivité efficace. En termes de gestion des ressources humaines, il est même pour certains totalement infondé de considérer que l'approche statutaire ne puisse répondre aux nouvelles exigences et qu'au contraire une telle approche peut démontrer une grande efficacité. Le NPM propose une vision dont la dynamique est placée dans une forme d'opposition, parfois au détriment d'une objectivité et d'une recherche d'efficacité. Or les deux impératifs précités constituent les premières motivations du concept de NPM. Ainsi le secteur privé n'est pas toujours plus efficace que le secteur public ; sur des projets impliquant une vision à long terme ou sociale, le secteur public s'avère même plus efficient. Au Royaume-Uni par exemple, la privatisation du réseau ferré a même conduit à une véritable catastrophe ferroviaire. Les méthodes de management « privatistes » ne sont donc pas toujours infaillibles et la gestion managériale dite plus « classique » employée dans le secteur public peut s'avérer bien plus concluante et protectrice⁴⁰⁵. D'un point de vue plus technique également, les méthodes du NPM comme celles des indicateurs, peuvent générer de nombreux problèmes : *« l'élaboration et l'usage des indicateurs génèrent des insatisfactions, des conflits d'interprétation et des biais en raison du caractère irréductiblement construit et "artefactuel" de ces instruments »*. Un problème de responsabilité découle également de l'usage des indicateurs de performances prônés dans le NPM, notamment concernant le contrôle même des organismes de contrôle : on arrive à une situation ubuesque où l'on se demande qui contrôle l'organisme chargé de la régulation. On s'interroge également

⁴⁰⁴ MERRIEN (François- Xavier), « La nouvelle gestion publique : un concept mythique », in : Lien social et Politiques, n°41, 1999, p. 96

⁴⁰⁵ AMAR (Anne), BERTHIER (Ludovic), « Le Nouveau Management Public : Avantages et Limites », *loc. cit.*

concernant la place omniprésente accordée aux gestionnaires et à sa viabilité dans certaines situations comme en période de crise : « *Dans les cas de crise, les élus politiques pourront être tentés de reprendre l'autonomie octroyée aux gestionnaires, et les conflits d'imputation en responsabilité se multiplieront* »⁴⁰⁶.

Ensuite, la conception Wébérienne, souffre également de nombreuses critiques. L'organisation bureaucratique, pourtant synonyme de rationalisation, semble quelque peu galvaudée. « *Je voulais peindre un cauchemar très actuel, un film sur la police, la bureaucratie, la puissance totalitaire de l'Appareil, l'oppression de l'individu dans la société moderne* »⁴⁰⁷ : cette citation d'Orson Welles au sujet de son film adaptant *Le procès* de Kafka est très révélatrice. L'œuvre elle-même de Franz Kafka traitait également de la bureaucratie, excessivement rigoureuse, injuste et absurde dans le roman : « *Plus une inondation s'étend, moins son eau est profonde et plus elle est trouble. La révolution s'évapore et il ne reste que la vase d'une nouvelle bureaucratie. Les chaînes de l'humanité torturée sont faites de paperasse* »⁴⁰⁸. Ces citations et œuvres traitant de la bureaucratie démontrent chacune la connotation négative découlant, encore aujourd'hui, du terme de « bureaucratie ». Lorsqu'on aborde la bureaucratie, on sous-entend une organisation administrative pénible, interminable et, précisément, irrationnelle. Si la bureaucratie concerne toujours le « *pouvoir des membres de l'appareil d'État ou d'un appareil administratif quelconque* », et « *l'ensemble des fonctionnaires de l'administration, des bureaucrates, considérés du point de vue de leur influence* »⁴⁰⁹, le terme semble toutefois galvaudé et la conception bureaucratique de Weber semble bien éloignée.

Comme cela a été constaté tout au long de l'étude relative au NPM, on ne peut traiter de l'attractivité du recrutement contractuel sans expliquer que ce dernier est au cœur d'un concept, apparaissant comme un outil et un corollaire à la mise en œuvre d'une nouvelle conception où la gestion d'inspiration privative est au cœur de l'administration. Des avantages et des défaveurs ressortent des deux modèles : la conception classique wébérienne et le NPM. Ainsi force est de constater qu'aucun des modèles ne peut répondre exclusivement aux exigences et souhaits, et que les deux concepts coexistent avec une tendance en faveur de l'un ou de l'autre, l'administration française étant davantage réservée concernant le NPM tout en important certaines caractéristiques ces dernières années comme l'introduction de la notion de

⁴⁰⁶ MERRIEN (François- Xavier), « La nouvelle gestion publique : un concept mythique », *op. cit.*, p. 95-103

⁴⁰⁷ CLAY (Jean), Entretien, études cinématographiques n°24/25, été 1963, (cité dans *Le Procès* de Jean-Philippe Trias)

⁴⁰⁸ JANOUCHE (Gustav), Conversations avec Kafka, éd. Les Lettres Nouvelles, 1978, p 158

⁴⁰⁹ www.larousse.fr

performance ou encore l'attrait développé concernant les méthodes managériales. Ainsi, il semblerait que l'approche contractuelle dans le recrutement séduise pour la diversité qu'elle procure et les avantages qu'elle manifeste face à son opposée : la logique statutaire.

2 – Les manifestations de la confrontation des concepts d'organisation administrative

69 – Une confrontation conceptuelle dans le recrutement : l'approche par compétence et par les besoins managériaux

Le recrutement dans la fonction publique comprend deux approches opposées, mais également complémentaires, révélatrices d'une certaine dualité marquant le droit de la fonction publique. On retrouve ainsi une manifestation de la confrontation des deux concepts d'organisation administrative : la conception « classique » de Weber, et le New public management. La confrontation est incarnée par la cohabitation de deux pôles : d'un côté, le recrutement statutaire et ses corollaires de mérites et compétences, de l'autre, l'approche contractuelle répondant au besoin de flexibilité en termes de gestion des ressources humaines. La diversité des recrutements implique certaines difficultés ; néanmoins, elle est surtout devenue incontournable pour l'employeur public, puisque « *dans la réalité managériale, il faudrait pouvoir combiner astucieusement les deux approches* »⁴¹⁰. Dans la pratique, si deux concepts d'organisation administrative s'opposent, cette dualité peut revêtir différents avantages pour l'employeur public.

Tout d'abord, il convient de s'intéresser à l'approche par compétences, dont la définition est la suivante : « *capacité reconnue en telle ou telle matière en raison de connaissances possédées et qui donne le droit d'en juger* »⁴¹¹. Cette approche suppose donc que les agents doivent disposer de savoirs et savoir-faire, et ainsi l'ensemble de ces connaissances peuvent amener à déterminer l'aptitude du candidat à occuper un poste. La compétence viendrait ainsi justifier le recrutement d'un candidat, dépassant la simple réussite au concours : elle s'apparente davantage à une logique de métier. Néanmoins, la volonté managériale trouve aussi sa place dans le recrutement et la seule vision tournée vers la compétence ne peut suffire. Ensuite, les besoins managériaux, les « *choses considérées comme nécessaires à l'existence* »⁴¹² d'une politique de management claire nécessitent un autre recrutement, affranchi de notion de compétence afin de mener l'organisation et la gestion de l'administration. Ainsi, il faut également prendre en compte une autre logique orientée vers

⁴¹⁰ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-18

⁴¹¹ www.larousse.fr

⁴¹² *Ibid.*

une approche organisationnelle, qui permettrait de répondre aux exigences tenant à la distribution de l'activité en fonction des personnels existants, des besoins saisonniers, etc... La logique de métier se confronte ainsi à la logique gestionnaire, alors que, pourtant, l'employeur public a besoin de ces deux approches, parfois complémentaires dans la gestion de son service. L'enjeu de la distinction des deux approches donne ainsi naissance au choix entre le recrutement statutaire, dans la logique de métier, et le recrutement contractuel répondant aux besoins individualisés, presque sur mesure, afin de pallier un manque ou un besoin momentané.

Dans la fonction publique territoriale par exemple, opter pour un recrutement statutaire proche d'une logique de métier ou choisir un recrutement contractuel favorisant des besoins ponctuels s'avère un « *enjeu de prédilection des processus de recrutement* »⁴¹³. L'employeur local utilisera ainsi une approche par compétence pour des métiers tels que juriste, ingénieur ou médecin, et une approche axée sur les besoins managériaux lorsqu'il faudra répondre à une question comme : organiser l'activité et la distribuer dans une mairie en tenant compte des besoins humains ou encore des charges. Ainsi, pour certaines catégories de métiers, l'approche par compétence s'avère évidente et justifiée : les métiers de psychologue ou d'infirmier témoignent à eux seuls des compétences et savoir-faire requis. D'autres métiers peuvent quant à eux s'adapter aux besoins managériaux et à l'organisation du travail. Néanmoins, une des deux approches l'emporte quelque fois sur l'autre. Dans la fonction publique territoriale, la plupart du temps ce sera l'approche par compétence qui l'emportera sur la volonté managériale. Cependant, la fonction publique territoriale, à l'image de la fonction publique en général, est en plein changement et l'individualisation de l'organisation du travail offre une nouvelle place au « manager ». Ainsi, des changements sont envisagés et une orientation plus marquée en faveur de l'une des deux approches pourrait être attendue dans un nouveau processus réformateur.

70 - Une intégration du concept de NPM dans le recrutement : la LOLF de 2001

La diversité dans le recrutement permet d'anticiper les besoins de l'institution en laissant deux options : la voie statutaire et la voie contractuelle. Comme cela a été étudié, la pluralité permet de pallier les manques et lacunes en termes de gestion prévisionnelle de l'emploi, devenue depuis les changements opérés par la LOLF de 2001⁴¹⁴ un outil de gestion nécessaire dans la fonction publique. La loi organique de 2001 a conduit à divers changements. À demi-

⁴¹³ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-18

⁴¹⁴ Loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances, *JORF* : 2 août 2001, n° 177, p 12480

mot, il est possible de distinguer une certaine inclinaison pour le concept de NPM, qui, bien qu'il ne soit pas privilégié dans l'organisation administrative française, s'imisce progressivement. La LOLF avait pour première ambition de passer d'une « administration de moyens » à une « administration de résultats ». Simplement avec cette première énonciation, on retrouve bien la logique gestionnaire notamment présente dans le NPM qui privilégie les résultats sur les moyens. Les crédits sont votés par missions interministérielles ou ministérielles, sachant que chacune de ces missions est rattachée à une politique publique. Dans chacune de ces missions, les crédits sont spécialisés dans des programmes ministériels, déclinés en actions. Les crédits sont fongibles, néanmoins cette « *fongibilité est asymétrique pour les dépenses de personnel* »⁴¹⁵ : les crédits de personnel non consommés peuvent être réaffectés à d'autres dépenses, mais l'inverse n'est pas envisagé, par exemple « *les crédits destinés au fonctionnement ou à l'investissement ne peuvent pas être affectés au personnel* »⁴¹⁶. Pour Didier Jean-Pierre, cette « *asymétrie* » est dénuée de sens ; la seule motivation que l'on peut deviner est celle d'une limitation du recrutement, démontrant un manque de confiance évident envers les gestionnaires pourtant désormais au centre du processus de responsabilisation. Afin de répondre aux objectifs et résultats demandés, les gestionnaires publics s'attelleront à effectuer une gestion prévisionnelle efficace et rigoureuse des emplois : la gestion pluriannuelle des effectifs, des emplois et des compétences (GPEEC) devient un outil indispensable. La LOLF de 2001 produit ainsi certains effets : sur la rémunération, la carrière ou l'avancement, bien que le recrutement semble limité. La notion d'emplois budgétaires disparaît, au profit d'une notion d'emploi plus claire. Mais Didier Jean-Pierre y voit un changement bien plus profond et général de la fonction publique avec l'entrée d'une logique d'emploi privé, « *le statut général de la fonction publique entrant « dans l'ère de la "nouvelle gouvernance financière" et de la globalisation du droit* »⁴¹⁷. Pour le Professeur, tous ces changements conjugués avec le recrutement contractuel, le droit privé et sa tentation, conduisent à une réflexion plus générale démontrant un souhait progressif et insidieux de modifier en profondeur le statut de 1946, déjà bien désavoué, et de rendre ses contours plus poreux. L'attractivité du recrutement contractuel est expliquée une fois de plus par un ensemble qui l'englobe dans une réflexion à dimension plus générale. Les approches statutaire et contractuelle cohabitent encore et s'avèrent des outils efficaces afin de répondre à un impératif d'anticipation, devenu essentiel en droit de la fonction publique et cela pour

⁴¹⁵ JEAN-PIERRE (Didier), « 1946-2006 : du statut général des fonctionnaires à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique », in : La semaine juridique administrations et collectivités territoriales, n° 42, 16 octobre 2006, 1241

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ *Ibid.*

diverses raisons : des motivations économiques comme conjoncturelles avec un fort taux de départs à la retraite à prévoir. Malgré les outils mis à disposition comme la GPEEC, permettant d'analyser des tendances d'évolution en matière de besoins de recrutement et de formation des agents, sur un court terme l'anticipation par la diversité dans le recrutement s'avère toujours bien utile pour l'employeur ou le « manager » public.

La pluralité de recrutement est vectrice de complexification, néanmoins elle apparaît également comme une façon pour l'employeur d'adapter le recrutement aux besoins managériaux, et les possibilités, bien qu'*a priori* paradoxales, sont profitables en termes de management. Ainsi, la diversité constituée par la proposition contractuelle participe à l'attractivité de la convention qui répond à la nouvelle vision davantage gestionnaire et « privatiste », prônée dans le concept de NPM, qui s'intègre progressivement dans l'organisation de la fonction publique. Cependant, en dehors de cette attractivité, le contrat revêt par lui-même diverses caractéristiques séduisantes.

B - Le recrutement contractuel : une réponse efficace aux besoins managériaux

Malgré une certaine complexification, la diversité dans le recrutement est une vertu très prisée par les employeurs publics. Face aux exigences managériales, le recrutement contractuel s'avère efficace afin de répondre, d'une part, à une recherche de profils atypiques (1). La fonction publique nécessite de regrouper des agents aux compétences et profils diversifiés : le contrat permet d'enrôler de nouvelles recrues répondant à ces critères. D'autre part, le recrutement contractuel apporte des réponses efficaces aux nouvelles sollicitations tenant à la souplesse et à la flexibilité (2) afin de répondre à des besoins temporaires, ou encore en permettant une plus grande mobilité des agents.

1 - L'efficacité de l'approche contractuelle dans la recherche de profils atypiques

71 - A la recherche de profils atypiques⁴¹⁸

Le recrutement contractuel présente un premier avantage évident : il permet de recruter des profils atypiques⁴¹⁹, des agents dont les compétences spécifiques s'avèrent indispensables. La recherche de profils atypiques soulève différentes remarques et entraîne divers effets. Il s'agit, tout d'abord, de combler les manques du statut à travers le recrutement contractuel. Ensuite, le motif consistant à s'approvisionner en compétences spécifiques explique également la

⁴¹⁸ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-33

⁴¹⁹ www.larousse.fr : « *Qui diffère du type normal ou habituel. Qui est inclassable* ».

pérennisation de l'utilisation contractuelle. Enfin, un des premiers effets de cette recherche assidue participe à une certaine précarisation.

L'utilisation contractuelle permet de pallier efficacement les manquements statutaires. En effet, certains métiers ne sont pas référencés et n'entrent donc dans aucun corps ou cadre d'emploi. Le statut présente ainsi certaines insuffisances obligeant l'employeur public à contourner les règles par le biais du contrat afin de recruter des agents difficiles à trouver au sein du personnel statutaire, que l'on rencontre habituellement dans le domaine privé. Dans la fonction publique territoriale par exemple, les employeurs locaux et les collectivités territoriales requièrent de plus en plus de compétences, qualifications et expertises⁴²⁰. En matière de recrutement, on est passé progressivement de la « *compétence pour* », à la « *compétence de* »⁴²¹, c'est-à-dire que de véritables savoir-faire sont demandés, et que ces derniers ne sont pas fournis par la voie statutaire. Les métiers d'infographistes, communicants, ou dans les domaines des assurances, des relations internationales et des marchés publics sont désormais indispensables mais ne se retrouvent pas au sein du personnel statutaire. Les nécessaires profils atypiques démontrent ainsi certains manques présents dans les règles statutaires, qui ne correspondent pas toujours aux nécessités et exigences du terrain. Cet exemple est assez révélateur et probant pour les partisans d'un statut réformé, puisque les failles révélées démontrent une certaine rigidité du statut face aux besoins réels des administrations. Bien évidemment, ce manquement comblé par le recrutement contractuel est encadré : il est possible de recruter un agent contractuel pour un emploi permanent, mais cela doit s'effectuer pour une période momentanée, limitée. Toutefois, le contrat, apparaissant toujours comme une variable d'ajustement, se pérennise malgré tout.

L'utilisation correctrice du contrat perdure puisque le manquement persiste. En pratique, ces agents recrutés pour leurs compétences spécifiques le sont pour plusieurs années. En effet, le caractère *a priori* momentané du contrat dans la fonction publique ne trouve pas sens dans ce type de recrutement, qui vient pallier un manque et qui suppose ainsi que la réponse au besoin se prolonge dans le temps. Ainsi, la recherche de profils atypiques renforce la pérennisation de l'utilisation contractuelle, qui s'explique, notamment, par la réponse efficace aux besoins du terrain que permet le recrutement contractuel.

La recherche de profils atypiques conduit, ainsi, à une certaine précarisation des agents concernés. Le secteur public semble s'inspirer du secteur privé, qui permet de former les

⁴²⁰ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-33

⁴²¹ *Ibid.*, p 206-33

candidats aux compétences nécessaires. Une fois encore, des arguments sont apportés aux fervents défenseurs d'un nécessaire emprunt des méthodes du secteur privé dans le secteur public, comme dans le concept du NPM. La mobilité trouve également sens, et les échanges entre les deux secteurs s'avèrent ainsi indispensables. Néanmoins, le recrutement contractuel révèle des problèmes de précarisation et le « pansement » contractuel ne doit pas constituer une solution à long terme. Comblant un manquement, comme l'absence de profil atypique, entraîne une certaine précarisation puisque la proportion d'agents non titulaires augmente en fonction des besoins et des nouvelles exigences. Dans la fonction publique territoriale, dans « *la filière animation, huit adjoints d'animation sur dix sont non titulaires* »⁴²². Le cadre d'emploi des attachés comporte également une forte proportion d'agents non-titulaires, s'expliquant également par la volonté d'intégrer des profils atypiques : « *les collectivités recherchent sur ce type de postes des compétences et des profils particuliers qu'il est parfois difficile de trouver au sein des titulaires (déjà en poste) ou des jeunes lauréats (manque d'expérience)* »⁴²³.

2- L'efficacité de l'approche contractuelle dans la recherche de souplesse et flexibilité

72 - A la recherche d'une souplesse de gestion

« *Plus de souplesse dans l'identification et l'utilisation des compétences et des aspirations des agents permettrait une gestion des ressources humaines pertinente, en accord avec les besoins réels des services et les demandes des travailleurs publics* »⁴²⁴. Comme l'explique Boris Barraud, la souplesse en matière de gestion des ressources humaines est devenue un enjeu déterminant dans la fonction publique, et une nécessité pour l'employeur public.

Comme cela a été évoqué, l'attractivité et le pouvoir de séduction du recrutement contractuel s'expliquent ainsi par la souplesse en termes de gestion qu'il procure. Le recrutement contractuel permet de se pourvoir d'agents aux compétences spécifiques, au profil atypique et ainsi de répondre à des besoins qualifiés et déterminés de l'administration. Le contrat ouvre en quelque sorte « tous les champs des possibles », il laisse à l'employeur public différentes alternatives et n'est pas synonyme nécessairement de momentané. L'employeur aura ainsi deux options suite au recrutement contractuel : soit les besoins spécifiques étaient déterminés dans le temps et ainsi il ne renouvellera pas le contrat arrivé à son terme, soit il souhaite conserver la recrue et l'encouragera à préparer un concours. Dans le premier cas, la possibilité

⁴²² CSFPT, Rapport « la précarité dans la fonction publique territoriale », séance plénière, 16 mars 2011, p 22

⁴²³ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 22

⁴²⁴ BARRAUD (Boris), « La taxinomie des fonctionnaires : entre l'art et l'obsession », In : *RFDA*, 2014, p 269.

de non renouvellement constitue un réel avantage pour l'employeur qui, comme cela a été abordé auparavant, répond à des exigences managériales bien plus complexes qu'en droit privé : « *ce processus ne contraint pas les employeurs locaux à devoir penser à une offre de parcours professionnels tout au long de la vie de l'agent qu'elle vient de recruter* »⁴²⁵. Cela permet également à l'employeur de supprimer certains emplois occupés par des agents contractuels lorsque cela est nécessaire, et présente bien entendu de nombreux avantages que l'on ne retrouve pas avec le licenciement qui met un terme au contrat alors que la durée n'est pas initialement prévue, l'agent contractuel ne possédant aucun droit acquis au renouvellement de son contrat. La seconde possibilité offerte à l'employeur est celle de recruter un nouvel agent par la voie contractuelle et de souhaiter le conserver puisque le profil de ce dernier correspond toujours à des attentes et des besoins. Le recrutement contractuel fera ainsi office de période d'essai, l'agent pouvant être renouvelé et pérennisé par la voie contractuelle ou par la voie statutaire en passant les concours adéquats.

La réponse contractuelle apporte cette nécessaire élasticité en complément d'un statut considéré comme étant trop rigide. Néanmoins, la véritable recherche autour de cette souplesse est davantage axée autour de la simplicité. Cette souplesse, le statut peut la démontrer puisqu'il peut être très efficace en termes de gestion des ressources humaines. Il ne permet pas toutes les options adaptées au recrutement comme en matière contractuelle, mais par exemple les aptitudes démontrées au concours peuvent permettre de sélectionner au mérite les meilleures recrues, ou encore la formation tout au long de la vie peut pallier les éventuelles lacunes. Le recrutement contractuel séduit ainsi plus par la simplicité et l'efficacité de sa réponse en un laps de temps très court, que par sa souplesse qui peut être apportée par le statut à condition d'employer une vision davantage sur le long terme. Le contrat répond ainsi à une loi devenue sacrée aujourd'hui : celle de l'instant. La politique de « l'instant » est souvent raison de négligences. Les grands oubliés de cette recherche de souplesse sont donc nécessairement les agents contractuels, parfois victimes d'une simplification accrue des mécanismes de recrutement. S'opposent ainsi deux visions : la recherche de souplesse de gestion et la recherche de souplesse de carrière pour l'agent. Ce dernier est « *enchaîné* » et reconduit sans cesse sur le même poste, et lorsque l'employeur local n'a plus besoin de ses compétences, il peut supprimer le poste et éviter la reconduction de l'agent contractuel. Bien entendu, cette condition est synonyme de précarité, et « *on ne*

⁴²⁵ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-34

peut que déplorer le manque de souplesse de carrière offerte à l'agent contractuel »⁴²⁶. Deux visions totalement antagonistes s'affrontent et cohabitent pourtant : le statut recherchant une souplesse de carrière, alors que le contrat contribue à une souplesse de gestion.

Cependant, le contrat revêt manifestement bien des aspects séduisants pour les employeurs, et lui attribuer tous les maux ne serait point juste. Il est souvent synonyme de précaire puisque temporaire, mais il n'est pourtant pas toujours le corollaire de l'éphémère. Certains aiment rappeler qu'il n'a pas toujours une utilisation abusive : *« le recrutement par la voie contractuelle est simplement une possibilité qui s'offre à l'employeur local, mais son utilisation ne semble pourtant pas abusive. Elle permet de répondre aux besoins impérieux de l'employeur local »*⁴²⁷. Le recrutement par la voie contractuelle peut ainsi déboucher sur une pérennisation ou si l'employeur juge la recrue défailante, ou si les besoins ne l'exigent plus, sur un non renouvellement de l'agent. On aperçoit ainsi une autre caractéristique de l'approche contractuelle sous l'emprise de la recherche de souplesse : on utilise des mécanismes répandus en droit du travail, mais de façon inédite et exonérée de toute contrepartie protectrice. Considérer le CDD comme une période d'essai est impossible en droit du travail puisqu'on ne peut recourir au CDD dans ce cas, une période d'essai étant d'ores et déjà prévue dans le contrat. Le droit de la fonction publique intègre ainsi des mécanismes *a priori* plus répandus dans le secteur privé puisqu'il y a dérogation au droit commun du travail, mais en les adaptant avec encore plus de souplesse, de simplicité, afin de répondre aux opportunités.

73 – A la recherche d'une flexibilité de recrutement

*« Qualité de ce qui est souple. Qualité de quelque chose qui peut s'adapter aux circonstances particulières »*⁴²⁸. La flexibilité a donc un sens similaire à la souplesse, et sa définition s'avère quasi identique. Néanmoins, le terme de « flexibilité » est employé plus couramment en droit du travail, on parle de flexibilité des horaires ou du temps de travail par exemple. L'emploi de ce terme n'est donc pas anodin. L'emprunt de mécanismes de droit du travail, l'insertion progressive d'une logique d'emploi privé, se conjuguent également par un partage de sémantique.

Certains aspects du recrutement contractuel répondant à ces impératifs de flexibilité ont d'ores et déjà été traités. Chaque employeur développe une pratique de recrutement qui lui est

⁴²⁶ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-34

⁴²⁷ *Ibid.*, p 206-34

⁴²⁸ www.larousse.fr

propre afin de répondre à l'objectif de flexibilité de l'emploi public. Comme cela a été expliqué auparavant, trois formes de flexibilité employées peuvent être répertoriées⁴²⁹. Tout d'abord, la première flexibilité réside dans la recherche de profils atypiques, la seconde est relative au nombre d'emploi, et enfin, la troisième flexibilité recherchée est en rapport avec le contrôle de gestion publique. En effet, le recrutement contractuel permet d'échapper aux quotas d'emplois publics réglementés. Toutefois, si le recrutement contractuel met à nouveau le statut à l'épreuve, les deux approches peuvent également se conjuguer. Par exemple, l'embauche contractuelle, lorsqu'elle s'achève, n'empêche pas l'agent contractuel de passer des concours *ad hoc* et d'accéder au statut d'agent titulaire. Les deux approches, bien qu'opposées, peuvent ainsi s'associer et même se relayer.

Néanmoins cette flexibilité du recrutement contractuel n'est pas sans conséquences et entraîne également différentes problématiques. D'une part, la flexibilité de l'embauche conduit à des difficultés tenant à la maîtrise des « *autres variables de gestion du personnel* ⁴³⁰ » qui ont été délaissées et écartées. En effet, cette politique tant recherchée de flexibilité n'est envisageable qu'à court terme, puisque « *la moitié des salariés devenus fonctionnaires stagiaires quittent l'organisation après leur réussite au concours, générant ainsi de nouveaux recrutements* ⁴³¹ ». Ainsi, également, le retour sur investissement découlant de la formation professionnelle n'est pas obtenu puisque des coûts supplémentaires en termes de recrutement sont engagés afin de procéder aux remplacements des agents nouvellement titularisés. Ces vacances et remplacements ont également pour conséquence de réduire la qualité de service et de créer une instabilité interne pesant sur les autres agents : nombre d'entre eux se plaignent de la vacance d'encadrement, demeurant plusieurs mois sans responsable en attendant un futur recrutement.

D'autre part, la stratégie gestionnaire reposant sur la flexibilité revêt également certaines limites concernant les salaires. Le recrutement contractuel permet également une flexibilité des salaires des agents recrutés par contrat. On préférera ainsi « sacrifier » la valorisation de compétence et la spécificité afin de recruter de jeunes recrues pour un salaire de titulaire débutant. Ces derniers étant jeunes, se retrouvent « *en exploration de carrière* », ainsi les économies se produisent lorsque les nouveaux agents contractuels partent. Ainsi, « *nous voyons donc qu'une gestion opportune de la précarité consiste à conjuguer la souplesse des*

⁴²⁹ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-35

⁴³⁰ DESBARATS (Isabelle), KOPEL (Sandrine), « Les agents contractuels de la fonction publique territoriale française, de la précarité juridique à l'atout managérial ? », in : *Revue française d'administration publique*, 2005, n°115, page 481-493

⁴³¹ *Ibid.*

*textes en matière de rémunération des contractuels avec la maîtrise des caractéristiques démographiques de la population des cadres, l'âge en l'occurrence*⁴³²».

Les principales raisons expliquant l'attractivité du recrutement contractuel dans la fonction publique ont donc été présentées. Il s'agit principalement d'une réponse plus adéquate aux nouvelles exigences contraignant les employeurs locaux à plus de souplesse et de flexibilité. Mais, au-delà de ces vertus, le contrat se trouve également au cœur de l'entrée progressive d'une gestion d'emploi privé qui s'insinue en droit de la fonction publique, reprenant certains éléments caractéristiques du concept du NPM. Une grande complexité ressort de ces pratiques de recrutement, puisque les deux voies, statutaire et contractuelle, s'opposent, mais se complètent également. Pour le « manager » public, la combinaison des deux pratiques s'avère essentielle afin de gérer les besoins de son administration ; il ne s'agit donc pas de préférer un modèle à un autre. Néanmoins, si ont été exposées les motivations communes aux trois fonctions publiques et malgré un impératif d'unité de la fonction publique, les trois versants trouvent chacun des raisons qui leur sont propres afin de pratiquer un recrutement contractuel, apparaissant comme un outil bien opportun.

2 §–Un recrutement contractuel attractif dans les trois fonctions publiques

Outre la dualité conceptuelle, la flexibilité ou encore la souplesse expliquant l'attractivité contractuelle, des raisons communes ou inhérentes au fonctionnement des trois fonctions publiques viennent étayer les raisons justifiant le recours au contrat. Tout d'abord, l'attractivité contractuelle dans les trois fonctions publiques s'explique par les caractéristiques qu'elles partagent (A). Ensuite, l'exercice contractuel dans les trois versants de la fonction publique se distingue par une utilisation excessive de la convention (B). Le recours au contrat, s'il permet de répondre à divers besoins ou exigences, a des effets nuancés dans les trois fonctions publiques : l'utilisation est incertaine, excessivement déployée et des effets abusifs sont relevés.

A – Les caractéristiques des trois fonctions publiques expliquant l'attractivité contractuelle

Les trois fonctions publiques, d'État, territoriale et hospitalière, sont singulières ; néanmoins des caractéristiques communes peuvent être relevées. D'une part, la dualité opposant le recrutement statutaire et le recrutement contractuel est originelle dans les trois fonctions publiques (1). Bien que la préférence statutaire fût exprimée dès 1946, les anciennes habitudes

⁴³² DESBARATS (Isabelle), KOPEL (Sandrine), « Les agents contractuels de la fonction publique territoriale française, de la précarité juridique à l'atout managérial ? », *loc. cit.*

sont coriaces et une présence résiduelle de la pratique contractuelle réapparaît parfois. De plus, la spécificité du fonctionnement de certains versants de la fonction publique peut également expliquer l'attractivité contractuelle persistante. D'autre part, l'hétérogénéité est également un élément caractéristique des trois fonctions publiques justifiant le recours au contrat (2). Le caractère éclaté des fonctions publiques, les dérogations de certains corps ou cadres d'emploi nécessitent parfois le recours au contrat ou complexifie la contention de l'utilisation contractuelle.

1 – Une dualité statutaire et contractuelle originelle dans les fonctions publiques

Comme cela a été étudié en guise de présentation historique, le contrat n'a jamais quitté la fonction publique et a même précédé le statut. Ainsi, une des premières raisons expliquant l'attractivité contractuelle dans les trois versants de la fonction publique réside dans la persistance de l'utilisation contractuelle malgré la faveur exprimée pour le recrutement statutaire. Une des spécificités des trois fonctions publiques repose sur une dualité entre le recrutement contractuel et le recrutement statutaire exprimée dès les origines de ces dernières.

74 – La fonction publique hospitalière : une utilisation contractuelle inhérente au fonctionnement des établissements de santé

La fonction publique hospitalière (FPH) apparaît comme un exemple probant d'une utilisation contractuelle continue, et accentuée depuis quelques années par son particularisme, son objet et ses missions : « *La fonction publique hospitalière est celle qui bénéficie du climat de contractualisation le plus poussé*⁴³³ ». Le contrat de fonction publique a donc précédé le statut avant qu'une exception contractuelle ne soit consacrée. L'arrêt *Winkell*⁴³⁴ de 1909 introduisit ainsi la notion de contrat de fonction publique, liant les agents à l'administration. Néanmoins, on abandonna rapidement cette notion, et dès 1946 l'énonciation et la consécration du caractère légal et réglementaire de la situation du fonctionnaire mettent fin à la notion du fonctionnaire contractuel, sans évincer pour autant tout recrutement contractuel. Les établissements hospitaliers n'échappent pas, bien entendu, à l'ère statutaire et bien que le recrutement contractuel ne soit pas écarté, il demeura l'exception comme le précisa l'article

⁴³³ FITTE-DUVAL (Annie), « Statut et contrat : quelle coexistence dans la fonction publique hospitalière », in : AJFP, 2011, p 250

⁴³⁴ CE, 7 août 1909, *Winkell*, n° 37317, Recueil Lebon p 826, concl. Tardieu ; D. 1911. 3. 17 ; RD publ. 1909. 404, note Jèze (Gaston) ; S. 1909. 3. 145, note Hauriou (Maurice) : « *Qu'en se mettant en grève les agents préposés au service public, sous quelque dénomination que ce soit, ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais qu'ils se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'administration* ».

13 de l'arrêté du 9 novembre 1955⁴³⁵. La part contractuelle fut ainsi encadrée au fil des réformes, les cas de recours limitativement énoncés dans l'effort d'harmonisation amorcé dans les années 1980. Néanmoins, bien qu'encadré, le contrat ne quitta donc pas la fonction publique et le versant hospitalier de cette dernière, au point qu'aujourd'hui apparaissent de « *nouveaux contrats de fonction publique* ⁴³⁶ ». En effet, La fonction publique hospitalière, plus jeune que les deux autres fonctions publiques territoriale et d'État, présente un particularisme fort depuis sa construction, par ses missions et leur diversité : prévention, enseignement, recherche, sécurité et bien évidemment qualité des soins. Elle conserve ainsi, encore aujourd'hui, des « *particularismes identitaires notoires* », résultant « *tant des caractéristiques de son milieu de développement que des impératifs de sa croissance propre* ⁴³⁷ ». Depuis sa création, le service public de santé a toujours été assuré conjointement par des partenaires publics et privés, ce qui explique certainement le terrain propice que constitue la FPH dans le contexte actuel et son utilisation plus poussée du recrutement contractuel. Les partenaires publics et privés sont toujours associés et une forte dualité marque la FPH sous diverses formes. Le ressort des établissements publics de santé est territorial ou national, le contrôle est assuré par l'État qui emploie des fonctionnaires mais aussi des agents publics, relevant tantôt de la fonction publique hospitalière, tantôt de l'État. Ainsi la diversité est le propre de la FPH, à tel point qu'une partie de la doctrine a même proposé de requalifier les établissements publics de santé en établissements publics industriels et commerciaux⁴³⁸. La concurrence est également un élément très présent dans la FPH, qui nécessite plus que les autres peut-être de s'attacher aux nouvelles exigences de mobilité, compétitivité et management, dans un contexte de crise de nature davantage économique, des établissements publics de santé.

75 – La fonction publique territoriale : la persistance des pratiques contractuelles antérieures et l'accentuation de l'utilisation contractuelle par la libre administration

La fonction publique territoriale, comme la fonction publique hospitalière, est un exemple probant d'une certaine dualité originelle opposant et conjuguant le recrutement statutaire et le

⁴³⁵ Arrêté du 9 novembre 1955 relatif à l'application des dispositions de l'article 103 du décret n°55-683 du 20 mai 1955 portant statut général du personnel des établissements d'hospitalisation, de soins ou de cure publics : « *A compter de la date de publication du présent arrêté il ne pourra être fait appel dans les établissements visés à l'article 1^{er} du décret 55-863 du 20 mai 1955 (1), à des agents non titulaires que dans les cas suivants : Occupation d'emplois comportant un service journalier à temps, exécution de travaux exceptionnels, remplacement pour une durée maximum de six mois d'agents titulaires momentanément indisponibles, remplacement temporaire et au maximum pour une durée d'une année, emploi dans les sanatoriums publics pour tuberculeux pulmonaires, emploi dans les services généraux ou agricoles des hôpitaux psychiatriques d'anciens malades* ».

⁴³⁶ FITTE-DUVAL (Annie), « Statut et contrat : quelle coexistence dans la fonction publique hospitalière », *loc. cit.*

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ *Ibid.*

recrutement contractuel. La persistance de l'utilisation contractuelle dans la fonction publique territoriale s'explique : d'une part, par la résurgence d'un attachement antérieur pour le modèle d'emploi ; d'autre part, par la libre administration.

Tout d'abord, lorsque le statut n'était pas uniformément appliqué, avant les réformes des années 1980, les communes, les départements, ou encore les établissements publics régionaux recrutaient déjà une partie de leurs agents par la voie contractuelle. Après les lois « Le Pors », le recrutement contractuel s'est considérablement réduit et le recrutement statutaire s'est imposé à nouveau. Les dispositions statutaires communes aux trois fonctions publiques⁴³⁹ mettent fin à l'ambivalence contractuelle-statutaire. Néanmoins, la fonction publique territoriale (FPT) se démarque dans sa construction, puisque si l'adoption d'un système de carrière était déjà très enracinée dans la fonction publique d'État, la FPT n'a que très récemment adopté ce système, délaissant celui de l'emploi dont elle empruntait certaines caractéristiques. Si l'abandon du système d'emploi dans la FPT est entériné, certains points demeurent encore « *en lisière* »⁴⁴⁰, à une extrémité reliant de manière quelque peu floue les deux systèmes : comme en matière de garantie de l'emploi ou de carrière quelque fois. Ainsi, malgré l'harmonisation et le recadrage statutaire la FPT a conservé un particularisme, retrouvé sous diverses formes, et aujourd'hui on se demande même si elle n'a pas retrouvé « ses vieux démons ». En effet, on retrouve en 2011 le plus fort taux d'agents non-titulaires dans la FPT, soit 20% environ des effectifs⁴⁴¹. Néanmoins, si la part d'agents non-titulaires demeure la plus élevée depuis des années, elle est également la plus stable⁴⁴². En 2000, la part était de 20.1 % des effectifs, et en 2011 elle est de 19.7 %. En 2011 la FPT comprend 359.836 agents non-titulaires sur un effectif global de 1 830 663 agents⁴⁴³. La part de contractuels dans la FPT ne permet pas d'analyser un effet de remise en cause statutaire, puisque 77 % des effectifs de la FPT (3% pour les autres catégories et statuts) sont constitués par des agents titulaires, néanmoins la part d'exception interpelle par sa proportion.

Ensuite, la libre administration des collectivités est une spécificité de la fonction publique territoriale expliquant l'attractivité contractuelle. Cette dernière permet à la FPT de se

⁴³⁹ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors, *JORF* : 14 juillet 1983, p 2174, article 3 : « *Sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont, à l'exception de ceux réservés aux magistrats de l'ordre judiciaire et aux fonctionnaires des assemblées parlementaires, occupés par des fonctionnaires* » ; article 16 : « *Les fonctionnaires sont recrutés par concours sauf dérogation prévue par la loi* »

⁴⁴⁰ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.* p 14

⁴⁴¹ DGAFP, « Fonction publique, chiffres-clés », coll. fonction publique faits et chiffres, 2013

⁴⁴² DGAFP, Statistiques et recherche sur la fonction publique, « l'emploi dans les trois versants de la fonction publique en 2012 », 2012

⁴⁴³ DGAFP, « Fonction publique, chiffres-clés », coll. fonction publique faits et chiffres, 2013

distinguer d'une part, et de prendre son autonomie d'autre part. La FPT « *s'enrichit au nom de la libre administration d'un système plus original* »⁴⁴⁴, puisque, afin de permettre une décentralisation efficace et effective un principe d'autonomie administrative est consacré. En effet, la libre administration est un principe à valeur constitutionnelle, la révision du 28 mars 2003⁴⁴⁵ a même confirmé le principe dans l'article 72 de la Constitution. La libre administration implique ainsi une autonomie administrative se caractérisant par : une indépendance organique, un pouvoir de décision, une autonomie financière et bien-sûr une autonomie de recrutement et de gestion du personnel. La libre administration et l'autonomie dont bénéficient les collectivités territoriales apparaissent donc comme des raisons déterminantes expliquant un choix en faveur du recrutement contractuel, mais surtout une difficulté à enrayer les dynamiques. Comme l'expliquait Didier Jean-Pierre : « *L'État n'a donc pas toute liberté pour maîtriser la croissance des effectifs dans la fonction publique, la territoriale lui échappant notablement* »⁴⁴⁶. Ainsi, les élus locaux peuvent recruter soit par la voie de l'intégration directe, soit par la voie contractuelle un certain nombre de personnels, en toute liberté dans le cadre du principe de libre administration, la FPT apparaissant comme un versant efficace pouvant « *servir d'amortisseur social notamment en temps de crise économique* »⁴⁴⁷. Ce rôle d'amortisseur social énoncé par Didier Jean-Pierre, connote pour le Professeur une certaine « *hypocrisie* » quant aux critiques attribuées aux collectivités territoriales, ce dernier entrevoyant d'autres raisons justifiant la part importante d'agents non-titulaires présente dans le FPT. En effet, les suppressions d'effectifs relevés dans la FPE ont été largement transférées et contrebalancées dans la FPT, qui a accueilli bon nombre d'agents. De plus, l'État compte également grandement sur la FPT dans le cadre de mesures facilitant la mobilité, véritable corolaire d'une modernisation de la fonction publique. Ainsi lorsque les collectivités territoriales semblent désignées comme les « mauvais élèves » quant à la réduction tant attendue des effectifs, il semblerait que les raisons de ces augmentations ou stagnations, concernant les agents titulaires comme non-titulaires, soient écartées.

⁴⁴⁴ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.*

⁴⁴⁵ Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JORF* : n°75 du 29 mars 2003, p 5568, article 72 de la Constitution : « *Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer [...]. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi [...]. Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ».

⁴⁴⁶ JEAN-PIERRE (Didier), « Une fonction publique sans fonctionnaires ? », in : *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 17, 26 Avril 2011, 2170

⁴⁴⁷ *Ibid.*

76 - Une présence contractuelle justifiée par une diversité des corps d’emploi dans la fonction publique d’État

Une autre spécificité de la fonction publique permet d’expliquer l’attractivité contractuelle : l’hétérogénéité des corps et cadres d’emploi dans les trois versants. Lorsqu’il est question de diversité, la fonction publique d’État apparaît comme un exemple assez démonstratif. De prime abord, la FPE est le versant le plus encadré, ne présentant pas les caractéristiques de la FPH et son particularisme, ou encore le principe de libre administration justifiant une certaine autonomie comme dans la FPT. Néanmoins on note des problématiques similaires quant à la présence de la voie contractuelle dans le recrutement. La première explication peut provenir de l’hétérogénéité marquant la FPE. En effet, outre les statuts particuliers, spéciaux ou autonomes, on retrouve également bon nombre d’emplois spécifiques dans la FPE. Par exemple, il y a des emplois dans certains établissements comme dans les centres de monuments nationaux ou la bibliothèque nationale de France. Certaines autorités administratives indépendantes comme la CNIL et le Défenseur des droits nécessitent également des emplois spécifiques. Et enfin, on retrouve également dans la FPE des emplois de professeur hospitalo-universitaire, d’ouvrier de l’État, de personnel navigant civil, ou encore d’assistant d’éducation. Ainsi, la FPE apparaît comme un versant assez hétéroclite, composite, regroupant de nombreux emplois spécifiques disparates, obstruant toute tentative de régulation. La voie contractuelle peut ainsi trouver son sens dans ces particularismes. Par exemple, un établissement d’enseignement supérieur peut recruter par la voie contractuelle un enseignant-chercheur à temps complet en qualité de personnel associé ou invité. Le contrat sera alors un CDD de 3 ans maximum, renouvelable par décision expresse pour 3 ans maximum. Une première spécificité s’expose : après six ans de CDD, le passage en CDI sera automatique. Mais le contrat peut également être directement conclu à durée indéterminée si l’agent justifie déjà de six ans de services publics dans des fonctions relevant de la même catégorie hiérarchique, ce qui constitue également un particularisme. Le contrat apparaît ainsi comme un outil de gestion efficace et pratique, adaptable aux diverses situations disparates et l’opportunité constituée par la voie contractuelle est difficilement contrôlable dans tous ces domaines variés constituant la FPE.

77 – Une hétérogénéité caractérisée par la cohabitation privé-public dans la fonction publique hospitalière

La fonction publique hospitalière se distingue par une hétérogénéité et une forte diversité des personnels. D'une part, différents métiers se retrouvent dans la FPH : des personnels soignants, techniques, et administratifs. On y retrouve donc des chirurgiens, des secrétaires, des infirmiers ou encore des enseignants-chercheurs. Cette diversité demande une intégration de nouveaux profils, de compétences spécifiques. Bien évidemment le contrat, comme cela a été démontré, s'avère constituer un outil efficace dans cette recherche de profils atypiques, qui trouve sa nécessité dans les missions de la FPH. L'impératif de diversité dans la composition même des établissements de santé explique une attractivité contractuelle, où le recrutement répond à des exigences particulières favorisées par le contrat.

D'autre part, la FPH présente encore une fois un particularisme fort expliquant le recours répété et, presque normalisé, au recrutement contractuel par une logique de métier très forte. Les corps de métier sont bien plus présents dans les consciences et démarches des personnels que les corps de fonctionnaire dans le domaine de la santé : les professionnels se regroupent, dans des ordres de médecins, de pharmaciens, et ces pratiques se déploient avec l'ordre national des infirmiers en 2006 par exemple. Le contrat séduit dans la fonction publique hospitalière pour des raisons assez communes aux deux autres versants qui ont été exposés, mais qui trouvent encore plus de sens dans le contexte du domaine de la santé. Le contrat permet une certaine adaptabilité face à des règles statutaires qui ne sont pas toujours flexibles. Sa première fonction expliquant l'attractivité est donc une fonction d'ajustement. La convention permet d'apporter la souplesse nécessaire, et constitue un outil de management efficace. La deuxième fonction du contrat est une mission d'accompagnement. Le contrat crée le lien entre le secteur public et le secteur privé, il est un « *outil d'intégration de la fonction publique française, dans un secteur public européen diversifié et un marché du travail flexible. Il assure le lien entre un secteur public perçu comme surprotégé et un monde du travail marqué par l'instabilité* »⁴⁴⁸. Pour certains, il constitue ainsi une passerelle vers les pratiques privatistes employées de façon répandue en Europe.

B – Les caractéristiques de l'exercice contractuel dans les trois fonctions publiques

L'attractivité contractuelle dans les trois versants de la fonction publique se traduit par une utilisation contractuelle déployée, donc parfois excessive (1). Chaque fonction publique

⁴⁴⁸ FITTE-DUVAL (Annie), « Statut et contrat : quelle coexistence dans la fonction publique hospitalière », *loc. cit.*

utilise le contrat de recrutement pour répondre à des besoins, souvent similaires, avec pour sanction le même excès : la précarité des agents non titulaires (2). Le déploiement de l'exercice contractuel amène à des conduites abusives dont la régulation devient un problème crucial. Les fonctions publiques doivent ainsi conjuguer les différents impératifs avec beaucoup d'adresse : répondre aux besoins en termes de recrutement et contenir l'exercice contractuel abusif.

1 – Une utilisation contractuelle excessive dans les trois fonctions publiques

78 – L'utilisation du mécanisme contractuel dans la fonction publique hospitalière pour renforcer les échanges public-privé

La fonction publique hospitalière, « écartelée » entre les missions de service public et les objectifs managériaux et de rentabilité, apparaît en « première ligne » sur le « terrain » de la contractualisation⁴⁴⁹. Les pratiques contractuelles se tournent davantage vers un renforcement des échanges entre les secteurs public et privé. Ainsi, tout d'abord, le détachement est une pratique répandue dans la FPH. Il est possible de détacher des fonctionnaires sur contrat au sein de leur propre fonction publique, ou encore l'article 11 de la loi du 21 juillet 2009⁴⁵⁰ prévoit que : « *les fonctionnaires dirigeant les établissements mentionnés à l'article 2 peuvent être détachés, par le directeur général du Centre national de gestion, sur un contrat de droit public* ». Ensuite, le travail temporaire est également un mécanisme très répandu dans les établissements de santé. Enfin, comme dernier exemple peut être citée la possibilité de recruter des directeurs contractuels dans les établissements de santé. Ces derniers proviennent bien souvent du secteur privé et amènent avec eux des pratiques, des mentalités propres à leur secteur d'origine, recherchées dans la FPH. Tous ces exemples démontrent une pratique contractuelle poussée dans le versant hospitalier, quelques fois en marge avec les deux autres fonctions publiques, et une volonté législative accentuant ces pratiques. Les grands changements davantage tournés vers une logique privée et une utilisation contractuelle développée semblent presque survenir silencieusement dans une FPH déjà bien familiarisée avec le contrat, qui s'avère ainsi un « terrain » fertile pour ce dernier.

La FPH se distingue des deux autres fonctions publiques par la conjugaison originelle et permanente entre le statut et le contrat. Elle apparaît désormais comme un exemple à suivre. Autrefois quelque peu en marge, presque boudée des réformes, elle apparaît aujourd'hui

⁴⁴⁹ FITTE-DUVAL (Annie), « Statut et contrat : quelle coexistence dans la fonction publique hospitalière », *loc. cit.*

⁴⁵⁰ Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JORF* : 22 juillet 2009, n°0167, p 12184

comme un modèle et ses règles inspirent les réformes amorcées depuis quelques années, comme le montre la loi du 12 mars 2012 qui harmonise sur certains points les versants de la fonction publique avec des dispositions propres à la fonction publique hospitalière comme exemples à déployer. La pratique contractuelle dans les établissements de santé est même favorisée par le législateur, qui laisse plus de souplesse dans ce domaine que dans les deux autres fonctions publiques. Par exemple le recours au contrat à durée indéterminée, introduit par la loi du 26 juillet 2005⁴⁵¹, était prévu limitativement et de façon encadrée par la loi. Néanmoins la fonction publique hospitalière dénote puisque, contrairement à la FPT et la FPE, la loi lui reconnaît, dans son article 9, le droit de recruter directement en contrat à durée indéterminée. L'initiative législative laissant les juges perplexes, le Conseil d'État, dans un arrêt du 24 juillet 2009⁴⁵², annule l'arrêt de la Cour administrative d'appel et consacre l'exception accordée par le législateur aux établissements de santé.

79 – Une utilisation contractuelle excessive dans la fonction publique territoriale visant à répondre à des impératifs de gestion et d'intégration

Le recrutement contractuel dans la FPT est favorisé à travers différentes dispositions législatives permettant de recourir au contrat, qui constituent un empilement législatif complexe et hétérogène et qui offre une « palette » contractuelle étoffée. Deux types d'utilisations contractuelles peuvent être relevés : d'une part, celle répondant à des impératifs de gestion et de besoins internes, et d'autre part, une utilisation visant, *a priori*, à intégrer des personnes en difficulté, donc dans un objectif tourné vers l'extérieur. L'offre contractuelle est extrêmement étoffée et adaptée à toutes les situations ; le contrat apparaît comme étant une variable d'ajustement opportune pour les collectivités. On peut regrouper les cas de recours dans différentes catégories : « *S. Lavigne distingue ainsi les cas dans lesquels cette notion va pouvoir être utilisée. Le premier est celui de l'urgence, le second correspond à la nécessité de recruter une personne déterminée, le troisième à l'impossibilité de recruter un titulaire faute de candidat, enfin le dernier est celui du caractère temporaire de la mission* »⁴⁵³. Si le contrat

⁴⁵¹ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *JORF* : 27 juillet 2005, n°173, p 12183, article 9 : « *Les emplois à temps non complet d'une durée inférieure au mi-temps et correspondant à un besoin permanent sont occupés par des agents contractuels. Les agents ainsi recrutés peuvent être engagés par des contrats d'une durée indéterminée ou déterminée* ».

⁴⁵² CE, 24 juill. 2009, *M^{me} Christine Ragot c/ Maison de retraite de Beuzeville*, n° 311850; *Recueil Lebon T.* p 813 ; *AJDA* : 2009, p 1520 ; *AJFP* : 2009, p 331 : « Qu'en statuant ainsi, alors que les dispositions précitées de l'article 9 de ladite loi ne réservent pas le recrutement d'agents contractuels pour une durée indéterminée au cas des fonctions techniques ou nouvelles insusceptibles d'être assurées par les corps de fonctionnaires hospitaliers existants, mais à tous les cas où la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient, la cour administrative d'appel a entaché son arrêt d'erreur de droit⁴⁵² ».

⁴⁵³ MARC (Emmanuelle), « L'utilisation du contrat par les collectivités territoriales en matière de fonction publique territoriale », in : *Revue Contrats et Marchés publics*, n°, mai 2007, étude 11

est une exception, les divers cas de recours dénotent toutefois un champ assez large accordé à ce dernier.

Après les cas de recours justifiés par des éléments internes tenant à la gestion des collectivités, il existe également des justifications externes, tenant à une volonté d'intégrer des personnes en difficulté par exemple. Divers exemples peuvent être également apportés, on retrouve ainsi les contrats d'avenir. Un nouveau dispositif a été instauré par la loi du 26 octobre 2012⁴⁵⁴, faisant suite à la loi n° 2005-32 de programme pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005, visant à permettre l'insertion professionnelle, ainsi que l'accès à la qualification, des jeunes sans qualification ou peu qualifiés qui rencontrent des difficultés particulières d'accès à l'emploi. Ce contrat, généralement de 36 mois, vise un public jeune : de 16 à 25 ans, ou de moins de 30 ans pour une personne ayant la qualité de travailleur handicapé. Les collectivités territoriales et leurs groupements sont éligibles et peuvent ainsi recruter de jeunes agents *via* ce contrat de droit privé. Lors d'un colloque organisé par le Ministère du travail et le CNFPT (Centre National de la Fonction Publique Territoriale) sur les emplois d'avenir⁴⁵⁵, des statistiques ont été présentées concernant le recrutement par le biais du contrat privé : fin juin 2014, les collectivités territoriales atteignaient plus de 33.000 emplois d'avenir et 71 % de ces recrutements concernent les métiers d'agent d'entretien, agent des services techniques, agent technique polyvalent, agent d'entretien des espaces verts, ou encore agent d'accueil et agent d'animation. La part de contrats d'avenir n'est ainsi pas démesurée, bien au contraire. Néanmoins, il s'agit d'une possibilité ajoutée dans la palette contractuelle offerte aux employeurs locaux. Le parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale (PACTE) est également un contrat permettant aux plus jeunes d'accéder à la fonction publique. Néanmoins, contrairement au contrat d'avenir, le PACTE s'avère constituer un véritable tremplin en vue d'une titularisation. Le PACTE est un contrat de droit public qui concerne le recrutement des cadres d'emplois de la catégorie C. Le PACTE est ouvert aux personnes âgées de 16 à 25 ans, d'un an minimum à deux ans maximum, qui comprend une formation en alternance afin de permettre à la nouvelle recrue l'acquisition des qualifications nécessaires pour la titularisation. Tous ces mécanismes ne concernent pas uniquement la FPT, toutefois cette dernière démontre une utilisation contractuelle incertaine et hésitante face aux multiples possibilités qui lui sont offertes.

⁴⁵⁴ Loi n° 2012-1189 du 26 octobre 2012 portant création des emplois d'avenir, *JORF* : 27 octobre 2012, n°0251, p 16688

⁴⁵⁵ www.travail-emploi.gouv.fr

La FPE, attachée originellement à l'approche statutaire, semble la fonction publique la plus « ambiguë ». En effet, si le recrutement contractuel permet une flexibilité indispensable à certains corps de métiers, on a toutefois bien conscience des effets précarisant et des atteintes au statut que le contrat peut constituer ; en d'autres termes un effet de « mauvaise conscience » et « culpabilité » se ressent également dans la possibilité de recruter contractuellement. En témoigne la circulaire du 22 juillet 2013⁴⁵⁶. La circulaire, bien évidemment à visée explicative, reprend point par point les cas de recours aux agents contractuels possibles dans le FPE, tout en précisant certains éléments, afin d'éviter toute mauvaise interprétation ou réinterprétation. La volonté des organisations syndicales et la lettre de la circulaire apparaissent nettement dès la présentation effectuée par la Ministre : « *Ce protocole a notamment réaffirmé le principe de l'occupation des emplois permanents des collectivités publiques par des fonctionnaires, posé à l'article 3 du titre Ier du statut général des fonctionnaires* ». La circulaire précise ainsi les cas de recours, en appréciant le principe consacré et en respectant ce dernier : le recrutement contractuel demeure une exception et le principe est l'occupation des emplois permanents par les fonctionnaires. Toutefois, la circulaire précise également que « *lorsqu'un emploi permanent correspond à des fonctions qui pourraient relever d'un corps de fonctionnaires, le recrutement d'un agent contractuel en contrat à durée déterminée doit être justifié par des circonstances particulières faisant obstacle au recrutement d'un fonctionnaire pour pourvoir l'emploi considéré, qui doit être de catégorie A* ». Un point apparaît important : on nous présente une « exception à l'exception ». Autrement dit, on ne peut recruter d'agent contractuel sur un emploi permanent que lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaire correspondant. Néanmoins, si un corps de fonctionnaire susceptible d'assurer les fonctions recherchées existe, le recrutement contractuel peut tout de même se justifier par des « *circonstances particulières faisant obstacle au recrutement d'un fonctionnaire* ». Bien que trouvant ses raisons et justifications aisément dans la pratique, cette méthode interpelle. Malgré toutes les précisions des textes en respect avec le principe du recrutement statutaire, la circulaire met en avant les dérogations et les exceptions aux exceptions. Ainsi le principe est nécessairement mis à mal.

⁴⁵⁶ Circulaire 22 juillet 2013, cas de recours au contrat dans la fonction publique de l'Etat, Ministre de la réforme de l'Etat, la décentralisation et de la fonction publique, n° RFFF1314245C

81 – Une utilisation contractuelle abusive dans la fonction publique territoriale

L'utilisation excessive de la voie contractuelle dans la FPT conduit à un maniement transgressif de l'outil contractuel. Le droit est donc détourné et les justifications semblent parfois « maquillées » afin de permettre le recours au contrat. Divers détournements des textes peuvent être relevés⁴⁵⁷. Tout d'abord, il s'agit d'une forme de transgression des textes et de la procédure. On constate ainsi parfois l'absence de délibérations des assemblées, venant créer les emplois et valider les recrutements en conséquence. On souligne également parfois que les recrutements d'agents contractuels dépassent ceux autorisés par les assemblées. Les raisons invoquées afin de justifier le recours au contrat sont également transformées : bien souvent, on motive le recours par l'absence de cadre d'emploi existant afin de répondre à des besoins spécifiques. Or, il s'agit bien souvent d'un motif infondé, puisqu'il est possible dans certains cas de rattacher ce profil recherché à un cadre existant. Également, les collectivités justifient souvent le recrutement par la voie contractuelle par la nécessité de créer un emploi spécifique, avec ainsi un candidat au profil atypique possédant des compétences et qualifications spécialisées. Ces recrutements concernent les agents de catégorie A, or les collectivités utilisent ce cas de recours pour recruter un agent de catégorie B, bien moins coûteux. Enfin, l'utilisation contractuelle dévoyée conduit à certaines incohérences. Des agents contractuels sont par exemple recrutés sur un emploi de catégorie A avec la rémunération correspondante, et sont titularisés par la suite sur un emploi de catégorie C.

Ensuite, l'utilisation contractuelle paraît incertaine puisqu'elle conduit, comme dans les deux autres fonctions publiques, à une précarisation marquée des agents contractuels qui voient les règles les concernant détournées et qui ne trouvent que peu de contrepartie protectrice à l'opportunité économique et gestionnaire que cela leur procure. La FPT démontre ainsi un fort intérêt pour la voie contractuelle jusqu'à adapter les cas de recours afin de répondre aux opportunités, et à transgresser les textes. Les raisons justifiant l'attractivité contractuelle demeurent ainsi toujours les mêmes comme la recherche de profils atypiques ou encore la flexibilité, mais se traduisent dans la FPT par une certaine hâte où la simplicité et la rapidité des solutions s'avèrent revêtir l'intérêt prédominant. La présence contractuelle dans la FPT est très forte, et au-delà du recrutement d'agents contractuels, elle peut également se retrouver

⁴⁵⁷ MARC (Emmanuelle), « L'utilisation du contrat par les collectivités territoriales en matière de fonction publique territoriale », *loc. cit.*

dans le statut. En effet, la FPT fonde en partie son processus de recrutement par une période de négociation, « *on retrouve ainsi les vestiges d'une relation contractuelle au sein même du statut* »⁴⁵⁸. La contractualisation des relations entre agents et employeurs publics se démontre également avec la détermination des primes par exemple.

82 – Des tentatives de contention des pratiques abusives dans la fonction publique d'État

Bien que la FPE se caractérise, comme les deux autres fonctions publiques, par une utilisation excessive de l'outil contractuel, la précarité des agents contractuels est aussi une préoccupation dans la FPE. Ayant toutefois du mal à encadrer efficacement le recrutement contractuel, la FPE propose des solutions plus protectrices pour les non titulaires comme le démontre le décret du 3 novembre 2014⁴⁵⁹. En effet, le décret encadre certains points, dénoncés par les organisations syndicales, contribuant à une précarisation des agents contractuels. Tout d'abord, comme indiqué clairement dans le décret⁴⁶⁰, le texte traite de la rémunération des agents contractuels. L'article 2 du décret modifie ainsi l'article 1-3 du décret n° 86-83 en insérant désormais des dispositions visant à introduire une progression de rémunération par une grille indiciaire de gestion, prenant en compte divers éléments comme la qualification, l'évolution des fonctions et l'expérience. Le décret répond également aux questionnements découlant de la période d'essai proposée dans les contrats. Il s'agit d'encadrer, comme en droit du travail, la période d'essai par une durée proportionnelle au contrat⁴⁶¹. Toutefois une précision importante est apportée : toute période d'essai est interdite en cas de renouvellement d'un contractuel ayant les mêmes fonctions que celles prévues par le précédent, ce qui met un terme à des abus et détournements fréquents. D'autres éléments développent une logique davantage « travailliste » comme concernant la fin du contrat à durée déterminée. Ainsi la décision de renouvellement ou non renouvellement doit être précédée d'un entretien avec l'agent⁴⁶². Enfin, les modifications et changements notables ayant été

⁴⁵⁸ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-52

⁴⁵⁹ Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'Etat pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, *JORF* : n°0256 du 5 novembre 2014 page

⁴⁶⁰ « *Objet : règles fixant les conditions d'emploi, de fins de fonctions, de reclassement et de rémunération des agents contractuels de l'Etat et de ses établissements publics* ».

⁴⁶¹ Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'Etat pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, *JORF* : n°0256 du 5 novembre 2014 page, article 3 : « *La durée initiale de la période d'essai peut être modulée à raison d'un jour ouvré par semaine de durée de contrat, dans la limite : de trois semaines lorsque la durée initialement prévue au contrat est inférieure à six mois ; d'un mois lorsque la durée initialement prévue au contrat est inférieure à un an ; deux mois lorsque la durée initialement prévue au contrat est inférieure à deux ans ; de trois mois lorsque la durée initialement prévue au contrat est supérieure ou égale à deux ans ; de quatre mois lorsque le contrat est conclu à durée indéterminée* ».

⁴⁶² Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'Etat pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier

accueillis favorablement par les organisations syndicales⁴⁶³ concernent principalement le licenciement des agents contractuels. Le décret de 2014 insère un chapitre II dédié au licenciement des agents non-titulaires. Bien que des licenciements existaient, comme ceux motivés par l'inaptitude, l'insuffisance professionnelle ou encore disciplinaire, le décret encadre désormais de façon plus efficiente la rupture du contrat en présentant d'autres causes de licenciement, motivées et limitativement énumérées afin d'éviter tout abus. Toutefois on retrouve encore un particularisme de la fonction publique, absent en droit du travail, quant au licenciement du CDD justifié par l'existence de ces contrats sur des emplois permanents. Ainsi l'article 11, insérant le chapitre II relatif au licenciement, prévoit que : « *le licenciement d'un agent contractuel recruté pour répondre à un besoin permanent doit être justifié par l'un des motifs suivants : La suppression du besoin ou de l'emploi qui a justifié le recrutement de l'agent ; La transformation du besoin ou de l'emploi qui a justifié le recrutement, lorsque l'adaptation de l'agent au nouveau besoin n'est pas possible ; Le recrutement d'un fonctionnaire lorsqu'il s'agit de pourvoir un emploi soumis à la règle énoncée à l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée ; Le refus par l'agent d'une modification d'un élément substantiel du contrat proposée dans les conditions prévus à l'article 45-4 ; L'impossibilité de réemploi de l'agent, dans les conditions prévues à l'article 32, à l'issue d'un congé sans rémunération* ». Toutefois, le licenciement ne peut être prononcé qu'en cas d'impossibilité de reclassement sur un poste équivalent, ou en cas de refus de l'agent de ce reclassement (article 45-5). La procédure suivie en cas de licenciement est précisée ensuite dans l'article 47 et s'apparente à celle prévue dans le code du travail. Enfin, l'article 55 dispose que l'ancienneté prise en compte afin d'établir l'indemnité de licenciement est calculée sur l'ensemble des contrats, renouvelés ou pas, sans interruption supérieure à deux mois. Très inspiré du code du travail, le décret introduit également un droit au reclassement pour les agents déclarés inaptes par exemple.

Après les facteurs endogènes, il convient désormais d'étudier un facteur exogène important justifiant l'attractivité contractuelle : le droit de l'Union européenne.

1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, *JORF* : n°0256 du 5 novembre 2014 page article 9 : « *la notification de la décision doit être précédée d'un entretien lorsque le contrat est susceptible d'être reconduit pour une durée indéterminée ou lorsque la durée du contrat ou de l'ensemble des contrats conclus pour répondre à un besoin permanent est supérieure ou égale à trois ans* ».

⁴⁶³ UNSEN.CGT.fr : « *La CGT gagne une amélioration de la situation des non-titulaires : poursuivons l'action contre la précarité* », CGT Educ'action, 4p Non-titulaires, nov.2014

Section 2 : L'influence du droit de l'Union européenne

L'influence du droit européen est déterminante dans l'explication et la recherche des facteurs d'attractivité du recrutement contractuel (1§). L'incidence du droit européen est de grande envergure puisqu'il touche le droit français en général, comme le droit administratif, et ainsi bien évidemment le droit de la fonction publique. Si l'influence est forte, elle est également diffuse et les domaines concernés sont variés. Toutefois, le droit européen apparaît bien souvent comme un « bouclier » très habile afin de justifier des choix politiques non assumés : l'influence du droit de l'Union européenne mérite d'être nuancée puisque, bien que les orientations européennes nécessitent une prise en compte certaine, les États membres conservent leur souveraineté et les choix politiques demeurent bien nationaux (2§).

1 § – Une attractivité insufflée par le droit de l'Union européenne

Dans les raisons expliquant l'attractivité du recrutement contractuel, le droit européen occupe une place non négligeable. L'influence du droit de l'Union comme de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) est déterminante puisque de portée générale sur le droit français ; ainsi le droit de la fonction publique est influencé, comme en matière d'égalité (A). Néanmoins, l'impact européen est diffus et les domaines orientés ou modifiés s'avèrent parfois subir des changements à rebours des principes constituant la fonction publique française. En matière de recrutement, attaché davantage à une approche contractuelle et à un système d'emploi, l'influence européenne apparaîtra ainsi en contradiction avec le particularisme français (B).

A – Une influence déterminante et diffuse

L'influence européenne est diffuse (1) puisqu'elle est de portée générale et touche le droit administratif globalement, comme le droit de la fonction publique. En matière de recrutement (2), plus particulièrement, le droit européen semble orienter les réformes françaises ; toutefois l'introduction du contrat pérenne et sa consécration en droit français ne proviennent pas seulement du droit de l'Union européenne.

1 – L'influence du droit européen en droit de la fonction publique

83 – Une influence générale

Le droit européen a provoqué de grands changements en droit public, et particulièrement en droit administratif. Ces changements sont bien évidemment, tout d'abord, d'ordre

organisationnel. En effet, il s'agit de structurer les administrations de l'État afin de relayer la politique européenne mais également en incluant la réciproque indispensable : il faut également organiser les administrations afin de construire, rapporter et relayer les positions françaises⁴⁶⁴. Différents acteurs ont ainsi été influencés : les entreprises publiques, par exemple, ont également modifié leur fonctionnement, notamment sur leur rapport avec l'État caractérisé par une certaine soumission de ces dernières. Le droit européen, le droit de l'Union en particulier a considérablement poussé les entreprises publiques vers une plus grande autonomie, à travers le principe de transparence, en matière de relations financières par exemple. Une certaine opacité était alors pernicieuse et nocive et profitait à l'État qui semblait utiliser les entreprises publiques : « *les entreprises publiques étaient classiquement des “ bras armés ” de l'État. Celui-ci les utilisait comme instruments de sa politique économique d'une manière qui impliquait par nature une certaine opacité et une grande liberté de maniement* »⁴⁶⁵. La transparence est ainsi un principe consacré par le droit européen et largement déployé en droit administratif qui produit différents effets. La vertu première de la transparence réside dans une confiance restaurée avec les citoyens, qui se trouvent impliqués dans le processus d'élaboration des décisions, principalement en matière d'environnement, comme le démontre la directive 2003/4/CEE⁴⁶⁶ concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement.

Ensuite, après des influences d'ordre organisationnel, différents domaines du droit administratif sont également influencés en profondeur par le droit européen. En matière d'actes, des changements sont ainsi opérés. L'acte administratif unilatéral et la procédure administrative non contentieuse, furent ainsi des exemples de modifications opérées en raison du droit européen comme en matière d'abrogation des actes par exemple. Mais de manière plus démonstrative, c'est surtout le droit des contrats publics qui a subi les plus grandes modifications. En effet, notamment la transparence imposée par l'Europe, a produit différents effets dans sa mise en œuvre comme une extension du champ des règles de publicité. En matière de publicité notamment, la directive 2014/24/UE⁴⁶⁷ établit les règles applicables aux procédures de passation de marchés par des pouvoirs adjudicateurs en ce qui concerne les marchés publics, ainsi que les concours.

⁴⁶⁴ AUBY (Jean- Bernard), « L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public », *op. cit.*, p 60-68

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003, concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement, JO n° L 041 du 14/02/2003, p 0026-0032, abrogeant la Directive 90/313/CEE

⁴⁶⁷ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics, JOUE du 28 mars 2014, n° L 94, p 65, abrogeant la Directive 2004/18/CE. La Directive 2014/24/UE fait également suite à une directive plus ancienne, connue sous le nom de la « Directive travaux » 93/37/CEE.

Le droit européen a également influencé le contentieux administratif⁴⁶⁸. La directive « recours » 2007/66/CEE du 11 décembre 2007 portant sur l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics⁴⁶⁹ a conduit dans sa transposition française à développer des procédures d'urgence en intégrant un nouveau mécanisme : le référé précontractuel. La directive disposait alors que : « *Le renforcement de l'efficacité des recours nationaux devrait inciter les personnes concernées à faire un plus grand usage des possibilités de recours par voie de référé avant la conclusion du contrat* ». La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme porta également modification du contentieux administratif en matière de procès équitable ou encore d'impartialité du juge, et fut ainsi l'élément déclencheur de transformations comme celle concernant le commissaire du gouvernement auprès des juridictions administratives, devenu rapporteur public. En effet, l'arrêt de la CEDH *Kress c/ France* du 7 juin 2011⁴⁷⁰ condamnait la France pour violation de l'article 6 §1 de la convention du fait de la participation du commissaire au gouvernement au délibéré.

Enfin, d'autres règles comme celles tenant à la concurrence ont été élargies. Ces domaines apparaissent comme des exemples très démonstratifs de la logique européenne. L'Europe étant davantage tournée vers une logique libérale, la libre concurrence apparaît comme un corollaire indispensable, tout comme l'extension des règles de publicité qui répond à un souhait de transparence nécessaire afin d'établir la confiance et de permettre des contrôles efficaces. Toutefois, l'influence européenne suscite beaucoup d'inquiétudes et de questionnements, comme le souligne notamment J.-B. Auby : « *Est-ce que l'accent fort qu'elle met sur la libre circulation et la concurrence ainsi que l'inspiration économiquement libérale qui est la sienne ne minent pas progressivement les droits publics nationaux les plus*

⁴⁶⁸ AUBY (Jean- Bernard), « L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public », *op. cit.*, p 60-68

⁴⁶⁹ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration et l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JOUE du 20 décembre 2007, n°335, p 31

⁴⁷⁰ CEDH, 7 juin 2011, *Kress c/ France*, requête n° 39594/98 ; *AJDA* : 2011, p 677, note F. Rolin ; *RTD eur.* : 2011, p 727 ; *RFDA* : 2011, p 1000, note B. Genevois ; *RFDA* : 2011, p 991 ; *JCP* : 2011. II. 10578, note F. Sudre ; *D.* : 2011, p 2619, obs. J. Andriantsimbazovina ; *Petites affiches* : 2011, n°197, p 17, note J. -F. Flauss : « *De l'avis de la Cour, l'avantage pour la formation de jugement de cette assistance purement technique est à mettre en balance avec l'intérêt supérieur du justiciable, qui doit avoir la garantie que le commissaire du gouvernement ne puisse pas, par sa présence, exercer une certaine influence sur l'issue du délibéré. Tel n'est pas le cas dans le système français actuel. La Cour se trouve confortée dans cette approche par le fait qu'à la CJCE, l'avocat général, dont l'institution s'est étroitement inspirée de celle du commissaire du gouvernement, n'assiste pas aux délibérés, en vertu de l'article 27 du règlement de la CJCE. En conclusion, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention, du fait de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré de la formation de jugement* ».

*attachés traditionnellement au rôle de l'État, et plus largement à l'intervention publique ?*⁴⁷¹». C'est le cas plus spécialement en droit de la fonction publique.

84 - Le droit de la fonction publique à l'épreuve du droit européen

Concernant l'influence du droit européen en matière de droit de la fonction publique, deux exemples peuvent être relevés : tout d'abord, en matière d'égalité des sexes et plus largement d'égalité de traitement, et ensuite concernant l'accès aux emplois de fonction publique des ressortissants de l'Union européenne. En matière d'égalité homme-femme, dès les années 1980, diverses transpositions ont permis de modifier considérablement le droit de la fonction publique, et, de façon plus générale, concernant l'égalité de traitement la directive 76/207/CE disposait clairement dans son article 1^{er} qu'il convenait de « *mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la promotion, et à la formation professionnelle ainsi que les conditions de travail et la sécurité sociale. Ce principe est dénommé ci-après " principe de l'égalité de traitement"* ». La directive précisait dans son article 3 que l'État doit assurer un égal accès à l'emploi aux hommes et aux femmes. Diverses transpositions ont ainsi conduit à une amélioration visant à se conformer au principe d'égalité de traitement dans la fonction publique. La loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique qui a été étudiée plus précisément, traitait ainsi de ces questions et proposait différentes dispositions afin de se conformer au droit européen. Le problème de défaut de conformité au droit européen a été relevé dans un avis de la Cour de justice des Communautés européennes du 15 janvier 2001⁴⁷². Certains aménagements prévus en droit français pour les femmes, concernant des conditions d'âge ou de diplôme par exemple, étaient vecteurs d'inégalités pour les hommes, et ainsi contraires au principe d'égalité entre les hommes et les femmes. La CJCE relevait dans son rapport que les hommes « *ayant une qualification égale ou une situation familiale comparable* » doivent pouvoir bénéficier des mêmes droits et aménagements que les femmes. Ainsi, la loi de 2005 prévoit une extension aux hommes de diverses dérogations, lorsque ces derniers sont dans une situation familiale comparable. L'article 1^{er} de la loi de 2005 prévoit ainsi, dans un premier temps, de supprimer les conditions d'âge prévues pour les femmes veuves ou divorcées, et de rendre désormais inopposables les limites d'âge pour les mères, mais aussi les pères, d'au moins trois enfants ainsi que pour toute personne élevant seule un ou plusieurs enfants. Dans

⁴⁷¹ AUBY (Jean- Bernard), « L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public », *op. cit.*, p 60-68

⁴⁷² Avis C(2001)1407 de la Commission européenne

un second temps, l'article 2 prévoit que les hommes élevant leur enfant ou ayant élevé au moins un enfant puissent bénéficier du report de la limite d'âge à 45 ans pour les concours de catégorie A. Concernant les diplômes, la loi dans son article 4 étend également aux pères de trois enfants la possibilité de se présenter sans diplôme à des concours. Enfin, la loi prévoit surtout de se conformer au droit européen en prévoyant des dispositifs efficaces afin de lutter contre les inégalités et les discriminations, l'Europe allant dans le sens d'un renforcement de ces mécanismes. Ainsi, désormais l'agent ayant procédé à des agissements discriminatoires, comme celui ayant enjoint de procéder à de tels actes, serait passible de sanctions. Néanmoins, si des avancées en termes d'égalité de traitement et d'égalité homme-femme se sont progressivement déployées dans la fonction publique, certaines dispositions demeuraient perfectibles afin de respecter le principe européen. Une nouvelle loi poursuit cet objectif, dont l'intitulé est sans équivoque : la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes⁴⁷³. Bien que la loi soit générale et parle d'égalité dans diverses instances, cette dernière consacre un chapitre à la parité et à l'égalité entre les femmes et les hommes dans les collectivités territoriales.

Ensuite, l'exemple des ressortissants de l'Union européenne et de leur accès à la fonction publique est également très éloquent afin de démontrer une influence européenne forte. En effet, le droit européen a ainsi imposé diverses adaptations au droit de la fonction publique concernant l'ouverture des emplois de la fonction publique aux autres ressortissants de l'Union européenne. Les modifications ont commencé avec la loi du 26 juillet 1991⁴⁷⁴, mais l'ouverture pour les ressortissants de l'UE est devenue un principe avec la loi du 26 juillet 2005, qui outre les questions d'égalité, traite également de ces problématiques d'accès. En vertu de l'article 39 du traité instituant la Communauté européenne, le principe de libre circulation est consacré et ainsi les états membres s'engagent à ne plus opérer de distinction entre les « nationaux » et les ressortissants des autres pays membres. Ainsi, toute discrimination en raison de la nationalité doit être abolie et évincée. Néanmoins, une distinction sémantique de taille est apportée, suscitant une interprétation française en désaccord avec la volonté européenne : « *seuls les emplois dans l'administration publique* » sont exclus du champ de cet article. Dans la transposition française, il est donc clair que la fonction publique française n'est pas concernée par les dispositions européennes. Néanmoins la CJCE, notamment, a fait une tout autre interprétation : d'une part, le principe de libre

⁴⁷³ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* : n°0179 du 5 août 2014 page 12949

⁴⁷⁴ Loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 27 juillet 1991, n° 174

circulation s'applique également à la fonction publique française, d'autre part la notion « *d'emplois dans l'administration publique* » ne concerne que les emplois comportant une « *participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou d'autres collectivités publiques* »⁴⁷⁵. Ainsi, le droit de la fonction publique doit se conformer au traité et permettre un accès facilité aux ressortissants de l'UE sans discrimination. La loi du 26 juillet 2005 a ainsi renversé le principe autrefois consacré disposant que les fonctionnaires de l'administration publique devaient nécessairement détenir la nationalité française. La loi de 2005 dédie un chapitre II à l'ouverture de la fonction publique aux ressortissants européens et à la mobilité des agents⁴⁷⁶ et consacre l'exigence européenne. Toutefois, le principe introduit comporte une exception concernant les « *emplois dont les attributions soit ne sont pas séparables de l'exercice de la souveraineté, soit comportent une participation directe ou indirecte à l'exercice de prérogatives de puissance publique de l'État ou des autres collectivités publiques* », reprenant ainsi l'interprétation européenne. La loi française se conforme ainsi aux exigences européennes en permettant un accès aux emplois de la fonction publique plus effectif pour les ressortissants des pays membres et en raisonnant davantage en termes d'emploi, que de corps ou cadre d'emploi afin de déterminer quels postes doivent demeurer occupés par des nationaux. Il s'agit de la démonstration d'une logique européenne, pourtant en contradiction avec la conception française, qui prend le pas sur le particularisme de la fonction publique française. En effet, un attachement à un système davantage tourné vers l'emploi s'impose par le biais européen. L'article 11, modifiant l'article 13 bis de la loi de 1983 précise que « *les corps et cadres d'emplois sont accessibles par voie de détachement dans les conditions prévues par leurs statuts particuliers, sous réserve, lorsque l'exercice des fonctions correspondantes est subordonné à la détention d'un titre ou d'un diplôme spécifique, de la détention de ce titre ou de ce diplôme* ». Cette disposition est également une nouvelle démonstration d'une soumission du droit de la fonction publique au droit européen : elle vise d'une part, à ne pas créer de « *discrimination à rebours* »⁴⁷⁷ à l'encontre des agents français, puisque les ressortissants des pays membres de l'Union européenne exerçant la

⁴⁷⁵ CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, n° 149-79, *Rec.* p. 3881, point 19 ; *AJDA* : 1981, p. 137, note Boulouis ; *RTDE* : 1981, p. 286, note G. Druésne

⁴⁷⁶ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *JORF* : 27 juillet 2005, n°173, p. 12183, article 10 modifiant l'article 5 bis de la loi du 13 juillet 1983 : « *Les ressortissants des États membres de la Communauté européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen autres que la France ont accès, dans les conditions prévues au statut général, aux corps, cadres d'emplois et emplois* ».

⁴⁷⁷ Sénat, GOURAULT (Jacqueline), rapport législatif n°251, projet de loi portant diverses mesures de transposition du droit communautaire au droit de la fonction publique, 16 mars 2005

profession concernée peuvent désormais accéder aux emplois. D'autre part, la modification de l'article vise à encadrer et limiter le champ des professions réglementées, la Cour de justice des Communautés européennes s'étant fondée auparavant sur l'inaccessibilité d'un corps de fonctionnaires par voie de détachement pour le qualifier de « *professions réglementées* » et considérer ainsi qu'un ressortissant d'un pays de l'Union pouvait y accéder, s'il disposait déjà d'un titre ou diplôme spécifique et justifiait avoir exercé cette profession dans un autre État-membre. En matière de mobilité comme d'ouverture, la fonction publique française a ainsi adapté ses règles afin de se conformer aux exigences européennes.

2 - L'influence du droit européen en matière de recrutement

85 – Le recrutement contractuel : une attractivité d'impulsion européenne

L'influence du droit européen en matière de recrutement entraîne différentes conséquences. Tout d'abord, le droit européen se distingue par une logique propre et singulière. Les inclinaisons ou la logique du droit européen se comprennent manifestement comme l'attachement à un système d'emploi, et ainsi vers son outil privilégié : le contrat. La reconnaissance du contrat à durée indéterminée découlant de la directive 1999/70/CE apparaît comme un exemple probant d'une tendance européenne venant se déployer dans les législations de ses États membres. Ainsi, la loi de 2005 visant diverses transpositions communautaires s'avère encore une fois une démonstration probante de l'influence européenne, avec la transposition notamment de la directive 1999/70/CE⁴⁷⁸. Pour rappel, il s'agissait, d'une part, d'établir un cadre afin d'éviter les abus ; d'autre part, de reconnaître la transformation du contrat en contrat à durée indéterminée, tout cela sous l'appréciation souveraine des États membres. La loi de 2005, bien qu'arrivant tardivement puisque la transposition devait intervenir avant le 10 juillet 2001, est venue apporter les correctifs nécessaires afin de permettre une compatibilité sûre entre le droit national et les exigences découlant de la directive 1999/70/CE. Ainsi, la loi de 2005 prévoit, afin de mettre fin aux possibilités de renouvellement abusif des contrats à durée déterminée des agents non titulaires des trois fonctions publiques, qu'une fois passé un délai de six ans, les contrats de ces agents ne puissent plus être reconduits que pour une durée indéterminée. De plus, la loi met également en place un dispositif transitoire visant à régulariser la situation des agents contractuels en fonction, en permettant une transformation automatique du contrat à durée

⁴⁷⁸ Directive 1999/70/CE du conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, JO n° L 175 du 10/07/1999, p 0043 – 0048

déterminée en contrat à durée indéterminée⁴⁷⁹. Avant les modifications apportées par la loi de 2012, il s'agit avec la réforme de 2005 de reconnaître le contrat à durée indéterminée dans la fonction publique en transposant la directive communautaire. Le droit européen démontre ainsi, une fois de plus, une influence forte expliquant en partie les changements et orientations en faveur du contrat. Pourtant, le droit européen, en plus d'être un facteur déterminant expliquant l'attractivité contractuelle en France, apparaît surtout comme un alibi favorable afin d'appliquer de façon décomplexée des mesures discutées ou sujettes à débat. Autrement dit, l'attractivité contractuelle n'est pas exclusivement française, et la justification européenne s'avère simplement accommodante afin de mettre en œuvre les changements souhaités.

Ensuite, un autre effet peut être relevé : le recrutement contractuel favorisé par le droit européen influence le droit français, qui se trouve « modifié » dans son particularisme, son essence même, et de différentes façons. Un certain décloisonnement de la distinction très ancrée entre droit de la fonction publique et droit du travail semble s'opérer sous l'influence européenne. Le droit de l'Union, dans ses directives notamment, présente des définitions larges démontrant une appréhension assez uniforme des deux droits. Par exemple, dans la directive 1999/70/CE la définition de « *travailleur à durée indéterminée comparable* » est la suivante : « *un travailleur ayant un contrat ou une relation de travail à durée indéterminée dans le même établissement, et ayant un travail/emploi identique ou similaire, en tenant compte des qualifications/compétences* ». Ainsi les termes employés s'apparentent davantage au droit du travail, mais la définition volontairement large peut correspondre également au statut comme « *une relation de travail à durée indéterminée dans le même établissement* ». Bien évidemment, la souplesse volontaire de la sémantique et des définitions vise à coïncider avec les différentes législations des États membres, mais la logique d'emploi privé transparaît également. Une certaine « dérégulation⁴⁸⁰ » du droit de la fonction publique apparaît comme un effet de l'influence européenne. Les transpositions sont bien souvent synonymes de complexification du droit de la fonction publique. Il s'agit en réalité d'une véritable opposition quasi-idéologique dans certains cas et pourtant, le droit national étant contraint de se conformer au droit européen, les transpositions s'avèrent inévitables. Néanmoins, les

⁴⁷⁹ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *JORF* : 27 juillet 2005, n°173, p 12183, article 14 : « *Le contrat est, à la date de la publication de la présente loi, transformé en contrat à durée indéterminée si l'agent satisfait, le 1er juin 2004 ou au plus tard au terme de son contrat en cours, aux conditions suivantes : Etre âgé d'au moins cinquante ans ; Etre en fonction ou bénéficiaire d'un congé en application du décret mentionné à l'article 10 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 précitée ; Justifier d'une durée de services effectifs au moins égale à six ans au cours des huit dernières années ; Occuper un emploi en application de l'article 9 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 précitée dans les établissements mentionnés à l'article 2 de la même loi* ».

⁴⁸⁰ www.larousse.fr, définition : « *Action de soustraire une activité à certaines règles qui en encadrent normalement l'exercice* »

conséquences démontrent parfois un manque d'uniformité et de cohérence : à un système de carrière on appose de nouvelles dispositions appartenant à un système d'emploi, on retrouve deux moyens de nouer une « *relation de travail à durée indéterminée* » avec la coexistence statutaire et contractuelle ; ainsi la continuité de la logique et de la conception même du droit de la fonction publique s'avère atteinte.

Enfin, un dernier effet de l'influence européenne apparaît avec évidence : la protection. Le droit européen a des conséquences sur les dichotomies bien ancrées en droit français, et affecte le particularisme du droit de la fonction publique. Toutefois, il permet également une meilleure protection, en permettant d'une part, de protéger davantage les agents contractuels précaires, et d'autre part, en forçant à expliciter des dispositions ou mécanismes flous. Par exemple, la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 a également influencé fortement le droit de la fonction publique en matière de recrutement. La directive porte sur le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements. Cette dernière traite ainsi d'une question, à l'époque, partiellement traitée puisque le droit du travail prévoyait dans son article L.122-12 de régler la situation des personnels employés par une entreprise transférée, néanmoins aucun dispositif n'était prévu pour les cas où l'activité de l'entité économique concernée était reprise par une personne publique. La Cour de cassation avait toutefois décidé que les dispositions de l'article L. 122-12 étaient également applicables dans le cas du transfert d'une entreprise à un employeur public si l'activité de cette dernière entrait dans le cadre d'un service public industriel et commercial. Néanmoins, elles ne sauraient être applicables lorsque l'entité économique est reprise dans le cadre d'un service public administratif⁴⁸¹. La directive 2001/23/CE précisait toutefois dans son article 2 qu'il est entendu par cessionnaire « *toute personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, acquiert la qualité d'employeur à l'égard de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'entreprise ou d'établissement* ». Ainsi, le droit français demeurait en contradiction avec les exigences européennes en ne prévoyant aucune disposition en cas de transfert d'une personne privée vers un service public administratif. La loi du 12 mars 2012, prolongeant certaines dispositions de la réforme de 2005, permit de

⁴⁸¹ Cass, Soc, 10 juillet 1995, n° 93-46.569 ; *Droit soc.* : 1996, p 374, note F. Duquesne : « *il est exact que la reprise d'une activité par un service public administratif est exclusive de l'application de l'article L. 122-12* », « *la cour d'appel devait rechercher si la reprise en régie directe du service public de l'eau et de l'assainissement avait entraîné, compte tenu de l'objet du service, de l'origine des ressources et des modalités de fonctionnement, la création d'un service public administratif* », or il a été constaté que « *les services en cause sont, de par leur objet et de l'origine de leurs ressources, des services publics à caractère industriel et commercial* ».

corriger le droit français afin de transposer la directive 2001/23/CE. En effet, dans son article 37, la loi précise que lors d'un « *transfert d'autorité ou de compétences entre deux départements ministériels ou autorités publiques, un agent est transféré sous l'autorité d'une autorité ou d'un ministre autre que celle ou celui qui l'a recruté par contrat, le département ministériel ou l'autorité publique d'accueil lui propose un contrat reprenant les clauses substantielles du contrat dont il est titulaire* ». Toutefois, si le contrat est à durée indéterminée, seul un contrat de même nature pourra être proposé. Enfin, si le salarié refuse le contrat proposé, le département ministériel ou l'autorité publique d'accueil pourra prononcer son licenciement.

B – Une influence à rebours des principes de la fonction publique française

Le droit européen semble s'attacher davantage à un système d'emploi (1), ce qui s'oppose au particularisme français et démontre une contradiction à l'origine de questionnements et débats quant à l'influence européenne. Le droit comparé est également très instructif : l'opposition française que l'on pensait singulière ne se confirme pas au regard des exemples anglais ou italien (2). En effet, l'attractivité contractuelle favorisée sous l'influence européenne pose débat dans tous les États membres, où les transpositions s'avèrent parfois douloureuses.

1 – L'attachement européen en faveur du système d'emploi

86 – La définition européenne de la fonction publique

Après avoir étudié les manifestations d'influence du droit européen dans différents domaines du droit public, plus précisément en matière de recrutement dans la fonction publique, ont été relevés différents effets. Le premier effet réside dans une contradiction apparente entre la logique européenne et la logique française en droit de la fonction publique : le droit européen démontre un attachement à un système d'emploi, alors que le droit de la fonction publique français fait prévaloir un système de carrière. Ces oppositions engendrent de nombreuses problématiques et laissent ainsi penser que l'influence européenne s'avère parfois déployer une dynamique « à rebours » des principes et critères caractérisant le droit de la fonction publique français.

Tout d'abord, afin de comprendre l'attachement à un système de fonction publique ou un autre, il convient de se pencher sur la définition européenne de la fonction publique. Contrairement au droit français, le droit européen a progressivement utilisé une définition

fonctionnelle de la fonction publique⁴⁸², autrement dit qualifie cette dernière par ses fonctions : « ensemble d'opérations concourant au même résultat et exécutées par un organe ou un ensemble d'organes »⁴⁸³. Délaissant l'approche institutionnelle⁴⁸⁴, la CJCE avait déjà, avant même de qualifier la fonction publique, démontré une inclinaison pour une approche davantage fonctionnelle dans l'arrêt *Sotgiu* du 12 février 1974⁴⁸⁵ concernant une interprétation d'un article du traité découlant d'une conception ou approche organique et institutionnelle : « Les dispositions dérogatoires de l'article 48, paragraphe 4, seraient donc à interpréter restrictivement et la notion "d'emploi dans l'administration publique" à comprendre de manière moins large que dans les conventions internationales classiques ». Transparaît ainsi une adhésion à une approche dirigée par les fonctions de l'administration : « La clause de réserve de l'article 48, paragraphe 4, devrait, en premier lieu, être limitée aux fonctions de l'administration publique concernées par les intérêts de l'État proprement dits ». La CJCE donna sa première définition de la fonction publique, à travers la notion d'emploi dans l'administration publique, dans son arrêt *Commission c/ Belgique* du 17 décembre 1980⁴⁸⁶ en attribuant la définition suivante : « un ensemble d'emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques. De tels emplois supposent en effet, de la part de leurs titulaires, l'existence d'un rapport particulier de solidarité à l'égard de l'État ainsi que la réciprocité de droits et devoirs qui sont le fondement du lien de nationalité ». L'approche fonctionnelle dans la définition de l'administration publique vise ainsi à la restreindre davantage, bien que cela ne corresponde pas à la lettre du traité de Rome. La jurisprudence confirma cette définition dans différents arrêts en 1987 comme en 1996⁴⁸⁷, par exemple. Le droit européen se compose de deux corpus juridiques, le droit de l'Union et le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme or, sur la question de la définition de la fonction publique, les deux juridictions supérieures s'avéraient en parfaite harmonie. En effet, la CEDH avait également pris position

⁴⁸² LEKEUFACK (Charles), « Essai d'un modèle européen de fonction publique », *AJFP*, 2009, p 275

⁴⁸³ www.larousse.fr

⁴⁸⁴ Institutionnel : « qui concerne les institutions de l'Etat », Institution : « Ensemble des formes ou des structures politiques, telles qu'elles sont établies par la loi ou la coutume et qui relèvent du droit public », www.larousse.fr

⁴⁸⁵ CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, n° 152-73, *Rec.* p 153, *D.* : 1975, p 607, note B. Pacteau, *Droit. Soc.* : 1974, p 177, note G. Lyon-Caen

⁴⁸⁶ CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, n° 149-79, *Rec.* p. 3881, point 19 ; *AJDA* : 1981, p. 137, note Boulouis ; *RTDE* : 1981, p. 286, note G. Druésne

⁴⁸⁷ CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, n° 225-85, *Rec.* p 2625, concl. Lenz ; CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Grèce*, n° 290-94, *Rec.* p. I-3285

et donné une définition similaire à la CJCE, dans l'arrêt *Pellegrin* du 8 décembre 1999⁴⁸⁸. Devant se prononcer sur le droit à un procès équitable découlant de l'article 6§1 de la convention, la Cour nota des difficultés et incohérences sources de confusion dans la définition même de « fonction publique » et propose « *d'adopter un critère fonctionnel, fondé sur la nature des fonctions et des responsabilités exercées par l'agent* ». Ainsi, la Cour devra examiner, cas par cas, si « *l'emploi du requérant implique – compte tenu de la nature des fonctions et des responsabilités qu'il comporte – une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques* ». Afin d'assurer un traitement égal des agents publics, la CEDH reprit ainsi la définition fonctionnelle de la CJCE et témoigne d'une harmonisation du droit européen. Toutefois, le critère fonctionnel consacré dans l'arrêt *Pellegrin* fut abandonné par l'arrêt *Vilho Eskelinen et autres c/ Finlande* du 19 avril 2007⁴⁸⁹, puisque si « *l'arrêt Pellegrin, dernier maillon important de la chaîne que constitue l'évolution de la jurisprudence, devait fournir un concept opératoire* », certaines « *anomalies* » découlant de l'application du critère fonctionnel ont démontré qu'il n'était pas « *aisé de déterminer quels sont la nature et le statut des fonctions d'un requérant ; de même, la catégorie à laquelle celui-ci appartient au sein de la fonction publique n'est pas toujours facile à distinguer sur la base de son rôle effectif* ». Ainsi, la Cour abandonne le précédent critère fonctionnel dégagé dans l'arrêt *Pellegrin*, en poursuivant toutefois sa démarche d'identification restreinte, minimale de l'Administration, et consacre dorénavant un nouveau critère. Désormais, pour qu'un État puisse invoquer le statut de fonctionnaire de son agent afin de le soustraire à la protection de l'article 6§1, « *deux conditions doivent être remplies* » : « *le droit interne de l'État concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question* », et « *cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'État* ». La définition fonctionnelle de la fonction publique prédomine ainsi en droit européen et sa justification est simple. Il est bien difficile de tenir compte de tous les particularismes, les spécificités et les différents systèmes auxquels sont rattachés les États membres. Il ressort de cette complexification de l'application des règles européennes un certain éclatement des modèles de fonction publique en Europe. La définition fonctionnelle apparaît ainsi la plus adaptée, cas par cas, aux différents systèmes et

⁴⁸⁸ CEDH, 8 décembre 1999, *Affaire Pellegrin c/ France*, requête n°28541/95; *GACEDH*, 2^e éd., n°19, p. 176, comm. J. Andriantsimbazovina, *AJDA* : 2000, pp 530-532

⁴⁸⁹ CEDH, 19 avril 2007, *Affaire Vilho Eskelinen et autres c/ Finlande*, requête n°63235/00; *AJDA*: 2007, p 1360, note F. Rolin ; *ibid.* 1918, chron. J.-F. Flauss ; *AJFP* : 2007, p 246, note A. Fitte-Duval ; *RFDA* : 2007, p 1031, note G. Gonzalez ; *GACEDH* n° 23

permet de limiter et restreindre une notion de fonction publique parfois, comme dans le cas français, bien étendue. Néanmoins, les échecs et anomalies relevés par la CEDH dans la tentative d'apport d'une définition simple et claire autour d'un critère fonctionnel démontre l'urgence d'une réflexion autour d'une « fonction publique européenne », ou, au contraire, on peut y entrevoir le premier argument d'un fatal échec d'une telle tentative.

87 - Une démonstration progressive d'une faveur pour le système d'emploi

Comme cela a été mentionné et précisé à diverses reprises, en France le droit de la fonction publique s'attache à un système de carrière. Toutefois, le droit européen semble quant à lui se tourner davantage vers un système d'emploi comme le démontre notamment la jurisprudence de la CJCE, qui paraît contraindre progressivement les régimes statutaires vers un régime d'emploi⁴⁹⁰. L'arrêt *Burbaud* de la CJCE du 9 septembre 2003 paraît constituer un exemple probant : « *lorsqu'un ressortissant d'un État membre possède un diplôme, obtenu dans un État membre, qui est équivalent à celui requis dans un autre État membre pour accéder à un emploi dans la fonction publique hospitalière, le droit communautaire s'oppose à ce que les autorités du dernier État membre subordonnent l'intégration de ce ressortissant dans ledit emploi à la réussite d'un concours tel que le concours d'admission à l'ENSP* ». Néanmoins, le droit européen démontre une inclinaison envers le système d'emploi. Diverses raisons peuvent être apportées, toutefois deux principales s'avèrent les plus pertinentes. Tout d'abord, la première raison, invoquée par beaucoup puisqu'elle apparaît comme logique et découle de l'idée centrale du droit européen, réside dans le principe même de libre circulation des personnes. En effet, le système d'emploi semble, comme cela peut se percevoir dans l'arrêt *Burbaud*, s'accommoder davantage avec le principe de libre circulation des personnes, en raison notamment du formalisme bien plus souple que demande le contrat notamment face au recrutement statutaire. Afin de modifier les règles existantes et d'en dépasser les obstacles, le système d'emploi permet d'intégrer les ressortissants des États membres avec plus de facilités que le système de carrière par exemple, comme le démontrent divers arrêts de la CJCE où la question de la notion de la fonction publique ou des emplois supposant une « *participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou d'autres collectivités publiques* »⁴⁹¹ ont posé longuement question. Dans l'exécution des règles européennes on retrouve ainsi les mêmes

⁴⁹⁰ LEKEUFACK (Charles), « Essai d'un modèle européen de fonction publique », *loc. cit.*

⁴⁹¹ CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, n° 149-79, *Rec.* p. 3881, point 19 ; *AJDA* : 1981, p. 137, note Boulouis ; *RTDE* : 1981, p. 286, note G. Druésne

vertus contractuelles qu'en droit national ; celles de la souplesse, la flexibilité et l'adaptabilité. La deuxième raison expliquant la préférence européenne pour le système d'emploi est constituée, tout simplement, par le fait que bon nombre d'États membres optent eux-mêmes pour un système d'emploi, ou se sont progressivement tournés vers ce dernier lorsque la tradition était davantage statutaire. L'exemple de la Grande Bretagne et de l'Italie peut apparaître intéressant. Le premier exemple est celui d'un État membre qui a toujours opté pour un système d'emploi, et le second exemple met en avant le changement d'un système de carrière vers un système d'emploi⁴⁹².

2 – L'exemple de la Grande-Bretagne et de l'Italie : l'adhésion à un système d'emploi

88 – L'exemple de la Grande-Bretagne : l'attachement originel à un système d'emploi

Contrairement à la France, certains pays européens s'attachent davantage à un système d'emploi, ce qui explique peut-être l'influence européenne dans ce sens. Néanmoins, l'attachement à un système n'implique pas l'absence de l'autre ; si la faveur envers un des deux concepts se détache, toute fonction publique voit toutefois cohabiter les deux systèmes. Il s'agit simplement d'une préférence, qui ne peut être exclusive. Le modèle anglais est intéressant puisqu'il démontre certaines divergences et convergences avec le droit français : d'une part, une distinction quant à la notion de fonctionnaires ; d'autre part, des similitudes avec le droit français quant à la notion de mérite par exemple, ou encore concernant l'influence contestée du droit européen en matière de recrutement.

Tout d'abord, le modèle anglais apparaît souvent comme un exemple, un « bon élève », dont il faut s'inspirer. Toutefois, il ne démontre pas une entière satisfaction et efficacité dans sa mise en œuvre. On pointe souvent du doigt le nombre de fonctionnaires français, néanmoins en regardant les définitions respectives des différents États, il est aisé de comprendre que si la fonction publique britannique semble regrouper un nombre bien moindre de fonctionnaires, cela dépend de la définition apportée puisque le « civil service » ne traite que d'une infime partie des agents travaillant pour l'État⁴⁹³. Le « surnombre » de fonctionnaires français apparaît ainsi comme une donnée à nuancer impérativement. Le « *civil service* » ne concerne que le noyau dur de la fonction publique britannique, elle ne regroupe pas tous les fonctionnaires de la définition française. La notion est bien plus restreinte qu'en droit français,

⁴⁹² Toutefois, il convient de préciser que la présente démonstration ne sera pas un exercice de droit comparé et qu'elle reposera sur l'étude du rapport public du Conseil d'Etat de 2003, *Perspectives pour la fonction publique*.

⁴⁹³ Conseil d'Etat, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n° 54, p 415-425

puisqu'elle n'inclut pas les agents locaux, la santé publique, ou encore les magistrats. La définition stricto sensu du « civil service » concerne ainsi les « serviteurs de la Couronne », différentes « branches » de la fonction publique, comme l'éducation relevant de la compétence territoriale, ou encore les personnels de santé faisant partie du service national de santé (National Health Service), ne sont donc pas compris dans cette définition stricte.

Le modèle anglais ne s'écarte pas toujours de la fonction publique à la française, et le mérite par exemple s'avère un critère ayant eu toute son importance dans l'évolution de la fonction publique britannique. Jusqu'au XIX^{ème} siècle, le recrutement résultait d'un système de patronage, dont l'accès était ainsi réservé à l'aristocratie. Le système du mérite trouva toutefois consécration avec le rapport de Northcote et Trevelyan de 1853 qui relevait l'importance de recruter des personnes ayant des capacités et des aptitudes justifiant de servir la Couronne. À partir de 1870, un concours ouvert fut instauré et on consacra ainsi l'accès au mérite. Aujourd'hui, le recrutement s'effectue sur dossier, puis sur entretien, et certains examens peuvent être demandés. La majorité des agents sont recrutés par contrat et sont ainsi soumis au droit commun du travail. Les modalités de recrutement sont fondées sur la compétition ouverte puisque les vacances de postes doivent faire l'objet d'une publicité dans les journaux, suivi d'un appel à candidature. Le recrutement et son organisation s'expliquent par une certaine tradition britannique où le fonctionnaire est un « généraliste », il doit pouvoir effectuer de nombreuses tâches et démontrer des compétences diversifiées. Bien évidemment, en termes de rémunération et d'avancement, le droit de la fonction britannique repose sur un système d'emploi⁴⁹⁴. Les agents, pour évoluer, doivent postuler sur des postes vacants. Toutefois, la promotion au mérite et la valorisation de l'ancienneté ne sont pas des inconnues du droit anglais. En matière de rémunération, cette dernière ne correspond pas à l'ancienneté mais à la nature des fonctions exercées et à la performance de l'agent.

Enfin, l'exemple anglais démontre également une influence européenne forte sur le droit de la fonction publique. Bien que le système anglais soit bien différent du français, l'adaptation avec le droit européen semble tout aussi complexe et soulève des problématiques assez similaires. La Grande-Bretagne a elle aussi subi, depuis les années 1980, d'importantes réformes d'inspiration privatiste et venant favoriser les échanges entre le secteur privé et le secteur public à travers des partenariats privé-public, ou encore entraînant la privatisation de services relevant à l'origine du secteur public. Les mêmes critiques se retrouvent quant à l'influence européenne et à l'évolution de la fonction publique : « *La permanence de la*

⁴⁹⁴ www.fonction-publique.gouv.fr

fonction publique britannique a été remplacée par une nouvelle considération, celle de la nécessité d'une flexibilité à l'égard du statut de ceux qui travaillent dans l'intérêt public, un phénomène qui est d'ailleurs partagé par l'ensemble des pays européens »⁴⁹⁵. Il est donc erroné d'imaginer que l'accueil difficile des transpositions soit un problème uniquement français, laissant transparaître une fonction publique à contre-courant et incurablement allergique à tout changement. La flexibilité, la souplesse, la compétitivité ou encore les privatisations partiellement amenées par le droit européen ne se produisent pas sans heurts en Grande-Bretagne également. Les reproches et critiques attribuées au droit de la fonction publique français paraissent ainsi découler d'une démarche davantage culpabilisante, comme l'atteste le droit comparé. L'exemple du droit anglais démontre que l'attachement à un système d'emploi manifesté par le droit européen ne s'explique pas forcément par la présence du système dans certains États, mais principalement par la praticité que ce dernier procure afin d'appliquer les règles européennes.

89 – L'exemple italien : l'abandon du système de carrière au profit d'un système d'emploi

Le droit de la fonction publique italien apparaît également comme un élément de droit comparé intéressant⁴⁹⁶. D'une part, l'exemple Italien, par son attachement initial au système de carrière présente certaines similitudes avec le droit français et démontre avec force l'influence européenne. D'autre part, certaines « désillusions » suite aux différentes réformes et la privatisation mettent l'accent sur la nécessité de relativiser l'influence européenne et l'opportunité constituée par l'adhésion à un système d'emploi. De plus, le modèle italien fait écho à certaines critiques adressées aux réticences françaises : le modèle français ne se caractérise pas par un immobilisme sclérosant, et une certaine méfiance peut s'avérer justifiée au regard de l'exemple italien.

La construction de la fonction publique et les choix envisagés, avant les grandes réformes des années 1990 et la révision constitutionnelle de 2001, semblent assez similaires au droit français. Au début du XX^{ème} siècle, seuls les agents de l'État étaient soumis à un régime de droit public. Les professeurs des écoles par exemple étaient considérés comme des salariés de droit privé et étaient liés à l'administration par un contrat. Le fascisme dans les années 20 va revoir et modifier considérablement la fonction publique italienne. La volonté d'emprise du régime va s'accompagner d'une entière soumission des fonctionnaires au droit public.

⁴⁹⁵ Conseil d'Etat, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n° 54, p 425

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p 399-413

Désormais, les agents publics ne seront recrutés que par nomination, et leurs droits et leurs devoirs seront précisément encadrés par la loi. Seuls les salariés des personnes publiques dont l'activité relève du commerce et de l'industrie seront maintenus sous un régime de droit privé. Malgré la chute du fascisme, le système italien continua sous cette forme, et bien vite diverses critiques se firent entendre, ces dernières dénonçant un manque d'efficacité de l'administration, et plus tard invoquant des incompatibilités avec le droit européen, la CEDH condamnant à diverses reprises l'Italie pour la lenteur de la procédure administrative par exemple. Certaines propositions se firent, comme celles conduites par le Ministre de la fonction publique, professeur de droit administratif, Giannini dans les années 1970. L'accueil mitigé des propositions enterra un certain temps toute volonté de changements, mais le débat refit vite surface et diverses réformes dans les années 1990 aboutirent à une révision constitutionnelle le 18 octobre 2001, bouleversant le droit de la fonction publique italien. Les réformes des années 1990 ont traité majoritairement de deux questions épineuses et complexes, à savoir le statut des agents publics et leurs fonctions. Statutairement, il s'agit d'un détachement progressif vers une privatisation. Différentes raisons furent invoquées afin de justifier la transformation du droit de la fonction publique italien, et leur exposé est intéressant puisque l'on retrouve des idées, critiques et propositions récurrentes en droit français. Il s'agit, avant toute chose, d'une opération idéologique fondée par l'idée que le droit privé serait plus souple et plus efficace. Un problème d'adaptabilité du droit public face aux nouvelles exigences, notamment européennes, était également invoqué et la réforme de 2001 explicite cet élément en énonçant qu'il s'agit de faciliter et d'améliorer la gestion des ressources humaines. Depuis les réformes, le recrutement dans la fonction publique italienne a considérablement évolué. Le décret législatif du 30 mars 2001 porte plusieurs dispositions concernant « le travail avec les administrations publiques ». Néanmoins, la nouveauté la plus importante traitant du statut des fonctionnaires est la privatisation de l'emploi de la plupart des agents publics. Il s'agit bien de nombreux agents, mais non l'intégralité de ces derniers, car même un modèle tendant vers une privatisation se voit dans l'obligation de conserver le statut pour les emplois correspondant aux fonctions régaliennes de l'État. Une fois encore, la preuve est faite qu'aucun modèle ne peut totalement exister exclusivement et laisse encore se poser la question de la coexistence de deux fonctions publiques, ou la présence d'une « sous fonction publique » comme cela est nommé par de nombreux auteurs, le problème étant simplement inversé. Depuis les réformes, les agents publics sont recrutés par contrat, et leurs droits et obligations sont réglés en principe par les dispositions du Code civil applicables aux contrats de travail. Néanmoins le concours comme mode de recrutement n'est pas totalement

abandonné et permet encore l'accès aux emplois publics, bien qu'il puisse être évité concernant les emplois ne nécessitant aucune spécialisation. La fonction publique italienne n'est donc pas uniforme, et cet élément caractérise cette dernière, depuis sa création même.

Une certaine « désillusion » est néanmoins perceptible suite à la privatisation. L'influence européenne semble porter avec elle bon nombre de préjugés, que l'on retrouve également en France, et qui ont été démontrés comme tels suite aux réformes entamées dans les années 1990 en Italie. En effet le secteur privé italien, et le mécanisme contractuel, étaient envisagés comme des vecteurs de souplesse et de simplicité. Or, suite à la privatisation, la nouvelle soumission au droit du travail a démontré, au contraire, une complexification. Le droit du travail italien n'est pas un droit souple et malléable, et les rééquilibrages contractuels qu'il opère démontrent au contraire une procédure parfois rigide, garante de protection pour le salarié. L'illusion d'un secteur privé libre s'abstenant de toute contrainte s'évanouit dans la pratique et le constat est sans appel. La protection du droit du travail, comme l'explosion du contentieux ont produit des effets contraires ; une prise de conscience tardive conduit à comprendre que le secteur privé n'était pas nécessairement plus efficace et souple que l'approche statutaire. Les différents effets découlant des réformes peuvent attester cette « désillusion ». Concernant les agents publics, un effet imprévu s'est également produit pour ces « nouveaux privatisés ». Un des effets produits réside dans un accès au juge facilité pour les agents publics, la juridiction judiciaire étant bien plus déployée, entraînant ainsi une « explosion du contentieux⁴⁹⁷ ». La compétence du juge judiciaire se trouve ainsi déployée, mais ce dernier n'est pas tenu par les décisions antérieures du juge administratif, qui conserve quant à lui le contentieux découlant des concours. En matière de changement, ce sont certainement les dirigeants qui ont été les plus touchés par la réforme. La stabilité et la sécurité de l'emploi ont ainsi été considérablement menacées avec l'introduction du contrat à durée déterminée. Le contrat est conclu pour une durée de trois à cinq ans, après quoi il peut être dissous de plein droit. De plus, même ceux ayant passé un concours se retrouvent inscrits sur une liste des dirigeants sans avoir l'assurance d'être recrutés pour les fonctions correspondant à leur sélection. Toutefois, de nombreuses critiques dénoncent une certaine inefficacité du système. D'une part, des auteurs signalent l'introduction d'une forme de « spoil system » à l'américaine, où les fonctionnaires passent d'un emploi à un autre et n'ont pas forcément vocation à faire carrière dans l'administration. D'autre part, le système est remis en cause puisque les vertus que l'on a attribuées au domaine privé s'avèrent bien

⁴⁹⁷ Conseil d'Etat, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n° 54, p 411

illusoire. Le droit italien du travail, à l'image du droit du travail français, est protecteur. Ainsi l'idée de souplesse et de flexibilité tant recherchées ne se retrouve pas avec la privatisation, où la rigidité présumée du statut a été remplacée par de nouvelles règles protectrices. Le constat de Roberto Caranta repris dans le rapport du Conseil d'État de 2003⁴⁹⁸ est ainsi sans concession : après avoir démontré que la privatisation n'a pas produit les effets escomptés en termes d'efficacité de l'action publique, le professeur conclut que « *les réformes récentes en matière de fonction publique en Italie semblent plutôt être le résultat redoutable de la conjonction entre le préjugé selon lequel le droit privé serait doté de l'efficacité plus grande et la volonté mal dissimulée des milieux politiques de rester les décideurs réels même dans les cas particuliers, et même si c'est de façon indirecte. Il est difficile donc de croire que ce modèle mérite d'être suivi en Europe* ».

Lorsqu'on invoque un droit de la fonction publique français sclérosant et asphyxiant par une rigidité incompatible avec les systèmes européens, ces arguments ne sont pas véritablement justifiés puisqu'ils sont avancés dans les autres pays européens également : la France n'est donc pas à contre-courant des systèmes des autres pays membres et rencontre *a priori* les mêmes difficultés. De plus, si l'influence européenne est forte en Italie comme dans les autres États, il semble une fois de plus, de manière assez similaire au droit français, servir de « coupable idéal » et de justification déguisée de réformes souhaitées nationalement. Si effectivement l'Europe, avec les principes qui l'ont construite comme la libre circulation des personnes, nécessite des mécanismes souples, les réponses apportées sont bien nationales et la volonté de privatiser n'a pas été suggérée par Bruxelles.

2§ – Une nécessaire relativisation de la contrainte européenne

Il apparaît nécessaire de nuancer l'influence européenne et ses effets en matière de fonction publique. Certes, l'influence existe ; néanmoins, différents éléments semblent faire obstacle à une explication de l'attractivité contractuelle exclusivement alimentée par des facteurs exogènes. D'une part, le droit européen semble invoquer tel un « bouclier », ou un alibi habile afin de camoufler les volontés nationales. En effet, les États conservent leur souveraineté et lorsqu'il est question de fonction publique, ce sont bien des choix nationaux qui tendent vers des modifications comme l'accentuation des échanges entre les secteurs public et privé ou la reconnaissance du contrat pérenne (A). D'autre part, considérer que le droit européen influe

⁴⁹⁸ Conseil d'Etat, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Etudes et documents du Conseil d'Etat », n° 54, p 413

de façon homogène, diffuse et coercitive sur les États membres en matière de fonction publique, revient à reconnaître l'émergence d'un droit de la fonction publique européen (B). Or, la question de l'édiction d'un droit de la fonction publique européen fait débat : pour certains, un droit embryonnaire émerge, pour d'autres, la greffe ne peut prendre. Chacun fait néanmoins consensus sur un point : on ne peut pour l'heure affirmer qu'un droit de la fonction publique européen existe concrètement.

A - La souveraineté des États membres conservée

La première nuance faite quant à l'affirmation d'une influence européenne effective en matière de fonction publique réside dans la conservation de la souveraineté des États membres. Les États semblent se dissimuler derrière le bouclier européen afin de réformer la fonction publique en se déresponsabilisant (1). Le droit français démontre aisément l'utilisation d'un alibi européen, mais d'autres États utilisent également le même stratagème comme l'Espagne par exemple (2). Le droit de la fonction publique espagnol est très intéressant puisqu'il est assez similaire au droit français, concernant l'influence européenne à nuancer, comme les effets des réformes entamées ces dernières années.

1 -L'utilisation de l'alibi européen afin de dissimuler des choix nationaux

90 – Le droit européen : un bouclier habile

La relativisation de l'influence européenne s'opère nécessairement lorsqu'on constate un effet « bouclier » constitué par l'Europe. Tout d'abord, le rôle d'exhausteur d'idéologie et de réformes du droit européen est indéniable ; néanmoins, les choix et la politique menée demeurent nationaux, les États membres demeurant souverains. Ensuite, le droit comparé permet d'identifier l'effet « bouclier » européen comme une pratique commune dans les différents États membres. Ainsi, l'idée d'un droit européen forçant et obligeant les droits respectifs des États membres à se modifier s'avère parfois erronée mais constitue un procédé habile de déresponsabilisation. Le droit de l'Union, comme celui issu de la CEDH, contraignent les États membres mais la réponse effectuée afin d'adapter le droit français aux exigences européennes demeure bien nationale.

Cela a été évoqué, la transposition française de la directive 1999/70/CE est un exemple probant. À première vue, il s'agit d'une retranscription « à la lettre » de la directive et la reconnaissance du contrat à durée indéterminée semble inévitable et logique. Toutefois, si on s'en tient à la définition de l'Union du travailleur à durée indéterminée, d'autres choix

auraient pu être envisagés. L'emploi d'une sémantique « travailliste » et « privatiste » n'exclut pas la relation statutaire, et on aurait pu aisément considérer que le droit de la fonction publique était déjà en conformité avec le droit européen car le fonctionnaire est dans une « *relation de travail à durée indéterminée* » avec son administration. La reconnaissance d'un contrat à durée indéterminée n'était donc pas une obligation, et on aurait donc pu satisfaire à la nécessité de limiter, encadrer et éviter la précarité sans l'introduction du contrat pérenne, en titularisant les agents contractuels « multi-renouvelés » occupant un emploi permanent, par exemple. S'il y a absence d'obligation, il y a donc choix. L'introduction du contrat pérenne dans la fonction publique française n'est donc pas une conséquence inévitable de la directive, mais un choix de transposition, et une réponse à la précarisation de la fonction publique française.

Le droit comparé est instructif et révèle une pratique commune des États membres visant à utiliser le droit européen comme un alibi. L'Italie, par exemple, utilise la contrainte européenne comme justification de la réforme conduisant à la privatisation de la fonction publique, l'inscrivant même dans les textes afin d'expliquer la privatisation de la fonction publique. L'idée d'un droit européen qui s'impose face à des États passifs est donc partiellement balayée, puisque, en plus de la souveraineté, l'utilisation volontaire et calculée démontre le contraire d'une passivité. L'influence européenne en matière de recrutement est forte, mais n'est pas l'explication exclusive d'une tendance à privilégier la voie contractuelle.

Différentes justifications pourraient être apportées afin d'expliquer le rôle de « bouclier » du droit européen. Les principales raisons s'axent autour d'une évidente impopularité. Si la fonction publique française apparaît bien souvent dans les portraits qui lui sont consacrés comme imperméable au changement, cette nouvelle communication culpabilisante semble une fois de plus erronée puisque l'utilisation du droit européen comme « bouc-émissaire » idéal se retrouve dans bon nombre d'États européens. L'impopularité des réformes, comme la privatisation italienne ou l'inclinaison française vers un modèle d'emploi privé par exemple, est contenue par la figure européenne, abstraite et haute, qui au-dessus des États semble contraindre ces derniers qui n'ont d'autres choix que de s'adapter. L'utilisation de l'Europe par les gouvernements est donc démonstrative de nombreuses de ses caractéristiques : son caractère abstrait pour les peuples, et sa complexité découlant des particularismes mêmes des différents États qu'elle rassemble.

91 – Les similitudes du droit de la fonction publique espagnol avec le modèle français

L'influence européenne expliquant et démontrant l'attractivité du recrutement contractuel mérite ainsi, encore une fois, toute nuance dans le propos puisque l'efficacité et le caractère performant du statut en termes de gestion des ressources humaines est également démontrable. D'autres pays européens optent également pour une approche statutaire et un système de carrière, comme l'Espagne, le Portugal, la Belgique ou encore l'Allemagne.

L'Espagne par exemple⁴⁹⁹, dispose d'une approche similaire à la fonction publique française, puisque la fonction publique espagnole est régie par un statut, organisant les agents publics en quatre catégories : les fonctionnaires de carrière occupant un poste permanent au sein de l'administration centrale, les fonctionnaires de carrière au sein des services de l'administration territoriale, les employés publics occupant des postes temporaires et enfin des agents contractuels⁵⁰⁰. La Constitution espagnole prévoit d'attribuer à l'État la compétence afin de fixer les règles du régime statutaire des fonctionnaires⁵⁰¹. Ainsi, les dispositions sont applicables à l'ensemble des fonctionnaires Espagnols, de l'État comme des communautés autonomes et des collectivités locales, les autres dispositions statutaires étant fixées et prévues par ces dernières. Les règles en matière de recrutement ou de formation sont ainsi fixées par l'État, bien que les communautés autonomes disposent d'une certaine « marge de manœuvre », et le concours s'avère également constituer la voie privilégiée concernant le recrutement des fonctionnaires permanents mais également des contractuels occupant un poste permanent, ce qui peut paraître bien étonnant pour ces derniers puisqu'ils doivent passer un concours, sur titre ou sur épreuve, pour finalement être recrutés par la voie contractuelle.

92 – Une influence européenne diffuse aux conséquences similaires au droit français

Les similitudes avec le droit de la fonction publique français et les tendances actuelles relevées ne s'arrêtent pas à la seule approche statutaire et à la faveur concédée au système de carrière. L'influence européenne est diffuse et s'opère d'une même manière : l'attachement à un système d'emploi, l'individualisation de la relation de travail, l'introduction de nouvelles

⁴⁹⁹ www.fonction-publique.gouv.fr

⁵⁰⁰ MAURI MAJOS (Joan), MALARET GARCIA (Elisenda), « L'emploi public espagnol : entre publicisation des salariés contractuels et privatisation du statut des fonctionnaires », in : revue française d'administration publique, 2010, n°132

⁵⁰¹ Constitution espagnole, 1978, article 103a3 : « la loi définira le statut des fonctionnaires publics et réglera l'accès à la fonction publique conformément aux principes de mérite et de capacité, les conditions particulières dans lesquelles les fonctionnaires peuvent exercer le droit de se syndiquer, le système d'incompatibilités et les garanties d'impartialité dans l'exercice de leurs fonctions ».

dispositions du droit du travail, la consolidation des procédés de la négociation collective sont des marqueurs découlant de la conception européenne. Tout cela se justifie et s'organise autour d'une recherche de « modernisation » de la fonction publique.

En effet la loi du 12 avril 2007 *estatuto básico del empleado público*, « statut de base de l'employé public », démontre l'assimilation des nouvelles exigences s'imposant à la fonction publique espagnole et la tentative d'adaptation entre les institutions et les techniques du modèle de gestion du personnel espagnol. Les problématiques et le processus de modification entamé rejoignent les transformations françaises opérées par les réformes depuis les années 2000. Le statut de base de l'employé public participe à « *un vaste programme de modernisation de l'État et de l'administration publique en Espagne* »⁵⁰². Le statut de base de l'employé public contient ainsi deux axes principaux : d'une part, une refonte concernant les communautés autonomes, manifestant une contrainte forte tenant au statut et à la législation de base étatique. En effet, le statut semblait constituer un certain frein à la mobilité, et l'ampleur de ce dernier complexifiait fortement la proposition gestionnaire et sa mise en œuvre. D'autre part, la loi et la réforme proposée répondent aux nouvelles exigences découlant d'une augmentation accrue du personnel dans la fonction publique, résultant de diverses transformations : politiques, économiques ou encore sociales. Les administrations publiques espagnoles se sont vu attribuer de nouvelles fonctions et prestations de services à l'origine de l'accroissement conséquent du personnel, ainsi l'organisation complexe découlant d'un nombre important d'agents a attiré les critiques des citoyens justifiant ainsi la mise en œuvre de réformes importantes. Un diagnostic engagé en 2004 mettait en avant diverses difficultés et constats comme « *l'inexistence presque totale de mécanismes de planification et la faiblesse des mécanismes de gestion* », ou encore « *le nombre croissant de problèmes découlant de la dualisation de l'emploi public espagnol entre fonctionnaires et contractuels* »⁵⁰³. Le statut de base de l'employé public tente de répondre à ces problématiques et introduit la reconnaissance du contrat de travail entraînant l'insertion de règles du droit commun du travail et ainsi la consolidation d'un système dual de fonction publique original mais qui n'est pas sans rappeler la fonction publique française et l'observation de l'émergence d'une « sous fonction publique », comme cela est nommé par la doctrine. Les transformations du droit de la fonction publique espagnol s'opèrent, avec la loi du statut de base, autour d'une modernisation de la gestion des ressources humaines dans les

⁵⁰² MAURI MAJOS (Joan), MALARET GARCIA (Elisenda), « L'emploi public espagnol : entre publicisation des salariés contractuels et privatisation du statut des fonctionnaires », *loc. cit.*

⁵⁰³ *Ibid.*

administrations publiques et consolident les procédés de la négociation collective. Toutes ces transformations, réunies principalement dans la réforme présentée, semblent se retrouver à travers diverses lois éparses en droit français. Les mêmes critiques et interrogations s'inscrivent également dans le débat espagnol, les questionnements se posant sur « *la montée en puissance du droit du travail dans la fonction publique espagnole* », ou sur « *l'individualisation de la relation d'emploi*⁵⁰⁴ ». Les critiques persistent car l'individualisation de la relation de travail, les doubles fonctions publiques dans l'échange entre droit privé et droit public et la consolidation d'une « sous-fonction publique » parallèle à l'existante, posent en réalité de nouvelles difficultés et ne font pas disparaître les premières. La modernité ne doit pas nécessairement se conjuguer avec la contractualisation.

93 – Une nécessaire relativisation de l'influence européenne quant aux choix espagnols visant à réformer la fonction publique

L'influence européenne est certes présente néanmoins c'est encore la volonté et les choix politiques de l'État qui optent pour cette conception de la mise en œuvre d'une fonction publique modernisée. Le droit comparé présenté avec l'exemple espagnol permet d'appréhender, d'une part, la complexification découlant de changements profonds de conceptions dans la fonction publique, et d'autre part, l'aveu d'une certaine performance du statut à travers les difficultés procurées par l'insertion d'une logique d'emploi dans la fonction publique. Les changements opérés apparaissent comme un « mille-feuille » où l'on vient superposer des dispositions d'inspiration privatiste, tout en conservant partiellement l'existant tenant à une approche statutaire. On dénonce ainsi une fonction publique complexe, rigide, et on insère des difficultés supplémentaires en conjuguant des règles diversifiées, sans idéologie commune, atténuant la première conception et ne consacrant pas véritablement la seconde. Le résultat de ces tentatives à travers ces différentes insertions n'est donc pas probant et s'avère même démontrer une certaine inefficacité. Toutefois, comme en droit français, cela donne une impression de transition, le moment bancal et brouillon avant l'entérinement.

B - L'émergence difficile d'une fonction publique européenne

La question de la création progressive d'une fonction publique européenne n'emporte pas consensus. Différents exemples alimentent l'idée d'une création embryonnaire d'un droit de la fonction publique européen. La jurisprudence de la CJUE, entre autres, témoigne d'une

⁵⁰⁴ MAURI MAJOS (Joan), MALARET GARCIA (Elisenda), « L'emploi public espagnol : entre publicisation des salariés contractuels et privatisation du statut des fonctionnaires », *loc. cit.*

volonté de s'emparer des questions traitant de la fonction publique (1). Toutefois, l'émergence du droit semble conditionnée par divers obstacles : l'hétérogénéité des États ou encore l'impossible dissociation entre l'exercice de la souveraineté et la fonction publique (2). L'aboutissement à une fonction publique européenne n'est pas sûr, bien au contraire, et met en lumière les difficultés du droit européen à s'impliquer en la matière, nuanciant ainsi de fait très fortement l'influence européenne que l'on présente comme évidente et irrésistible.

1 -La création embryonnaire d'une fonction publique européenne

94 – Une implication européenne en matière de fonction publique contestée

Au regard des différents exemples de l'influence croissante de l'Europe sur le droit de la fonction publique, il est ainsi justifié de se demander si un droit de la fonction publique européen ne se dessine pas progressivement. Cette question pourrait paraître étonnante, voire même antinomique dans sa formulation, puisque qu'on ne peut imaginer un droit européen de la fonction publique alors même que cette dernière est indissociable d'un État. En effet, la fonction publique est la marque la plus probante de la souveraineté étatique ; si chaque pays européen conserve sa souveraineté, il conserve une compétence exclusive concernant les agents travaillant pour lui. Néanmoins, certains auteurs entrevoient une prise de pouvoir progressive en matière de politique de fonction publique exercée par le droit européen, et cette impression devient vite réalité lorsque l'on étudie les transpositions effectuées afin de se conformer aux exigences européennes. Pour beaucoup, le droit européen « *affecte la fonction publique dans certains de ses fondements* »⁵⁰⁵, puisque même si les textes fondateurs, comme le traité de Rome, ne traitent pas de la fonction publique, le domaine ne peut être totalement abandonné par l'Europe. En effet, la fonction publique et le développement d'une politique commune sont inévitablement liés aux raisons mêmes de la construction européenne. La volonté de rassembler les États n'a de sens concret qu'à travers le principe de la libre circulation des personnes. Or, la fonction publique s'avère bien souvent au cœur de l'exécution du principe de libre circulation, et on ne peut envisager d'Europe sans l'intégration des différents ressortissants dans les administrations des États membres. Ainsi, bien que la question de la fonction publique fût faussement ou intentionnellement exclue des premiers textes afin de préserver la souveraineté des États, elle est aujourd'hui l'objet de

⁵⁰⁵ LE BIHAN-GRAF (Christine), « S'appuyer sur le droit communautaire pour donner sa pleine mesure au modèle de fonction publique de carrière », in : *Les cahiers de la fonction publique*, n°242, février 2005

nombreux questionnements autour d'une influence croissante d'une « ligne » européenne contraignant les droits nationaux⁵⁰⁶.

95 – Une implication européenne en matière de fonction publique démontrée

L'implication progressive du droit européen s'effectue principalement de deux manières, en insérant tout d'abord des dispositions propres au secteur privé, et ensuite par une élaboration prétorienne. Divers exemples concrets d'une influence forte du droit européen, visant une certaine harmonisation et l'émergence embryonnaire d'un droit de la fonction publique européen, peuvent être apportés. Ces démonstrations se retrouvent dans le constat évident d'un élargissement des matières concernant la fonction publique soumises aujourd'hui au droit communautaire. Diverses décisions ont été préalablement citées, comme celle de la CJCE du 17 décembre 1980 *Commission c/Belgique* qui ouvrait certains emplois excluant l'exercice de la puissance publique aux ressortissants européens, et celle du 9 septembre 2003 *Burbaud* qui retenait l'interdiction d'obliger un ressortissant d'un État membre à passer un concours afin d'intégrer une école, si ce dernier a déjà exercé la profession pour laquelle l'école d'application détient un monopole d'accès. Toutefois, bien d'autres exemples pourraient être relevés comme la décision de la CJCE du 7 mai 1991 *Vlassopoulou*⁵⁰⁷ qui consacra l'obligation de prendre en compte les diplômes obtenus dans les autres pays membres ainsi que l'expérience du ressortissant, ou encore la décision du 30 septembre 2004 *Briheche*⁵⁰⁸ interdisant les dérogations accordées aux femmes dans l'accès à la fonction publique et concernant le départ à la retraite. Les directives, également, ont démontré une implication européenne dans les questions touchant la fonction publique avec l'interdiction de renouveler abusivement les contrats à durée déterminée de la directive de 1999⁵⁰⁹, et l'implication des agents non titulaires dans la désignation des comités techniques paritaires de la directive du 12 juin 1989⁵¹⁰. Ainsi, au regard des exemples précités, certains auteurs affirment que « *la fonction publique est devenue de facto un champ de compétence communautaire* »⁵¹¹.

⁵⁰⁶ LEKEUFACK (Charles), « Recherche d'une politique communautaire de fonction publique », in *AJFP*, 2009, p 107

⁵⁰⁷ CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, affaire C-340/89; *Rec. p. I-2357* ; *RTD eur.* : 1992, p 687 ; *RTD eur.* : 1989, p 623, note J. Pertek ; *Rev. marché unique européen* : 1991/1, p. 23, note A. Carnelutti; *Gaz. eur. Pal.* : 1995, n° 10, p. 4, note J. G. Huglo

⁵⁰⁸ CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, affaire C-319/03, *Rec. p I-8807*

⁵⁰⁹ Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, JO n° L 175 du 10/07/1999, p 0043 – 0048

⁵¹⁰ Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JO n° L 183 du 29/06/1989, p 0001-0008

⁵¹¹ LE BIHAN-GRAF (Christine), « S'appuyer sur le droit communautaire pour donner sa pleine mesure au modèle de fonction publique de carrière », *loc. cit.*

La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), apparaît ainsi comme un moteur déterminant dans cette construction d'une fonction publique commune aux États membres. Les prérogatives de la CJUE expliquent certainement son « rôle d'impulsion », puisque les décisions de cette dernière sont accompagnées d'un certain pouvoir coercitif, les États pouvant être sanctionnés pécuniairement en cas de violation des textes, contrairement aux décisions des juridictions internationales classiques où les États s'y soumettent volontairement. Ainsi cela a été constaté à la lecture des différents exemples d'interdictions ou d'obligations agissant sur le droit de la fonction publique, la CJUE a une influence considérable dans des domaines variés du droit de la fonction publique. La Cour effectue une interprétation des textes européens au regard des buts recherchés et poursuivis par l'Union européenne, allant même parfois plus loin que la Commission, délaissant une interprétation stricte et littérale des textes et n'hésitant pas à dépasser les questions posées afin d'aller au-delà du cas d'espèce et construire progressivement une jurisprudence dense en matière de fonction publique. La Commission s'attèle également à la tâche et, suivant la même initiative que la CJUE, participe à l'extension du droit européen au droit de la fonction publique ; elle travailla notamment à « accroître l'ouverture aux ressortissants communautaires des secteurs régaliens et des emplois administratifs supérieurs », ce qui lui confère « un rôle déterminant »⁵¹².

2 -La création contestée d'une fonction publique européenne

96 – L'impossible émergence d'une fonction publique européenne : l'absence de texte

Les inclinaisons relevées ne suffisent pas à énoncer l'élaboration d'un droit de la fonction publique européen. Si le domaine est convoité, on ne peut affirmer que demain un droit commun en matière de fonction publique régira les États. Une fois encore, ce qui paraît évident mérite d'être nuancé, et d'autres points démontrent l'impossibilité, du moins actuelle, d'imaginer une fonction publique européenne harmonisée.

Tout d'abord, comme cela a été évoqué à diverses reprises, il y a une absence totale dans les textes des domaines relatifs à la fonction publique⁵¹³. Bien que la question soit traitée de façon prétorienne, elle n'est toutefois pas envisagée dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne par exemple. L'article trois du traité qui fonde la notion communautaire de politique commune ne traite pas de politique en matière de fonction publique, et aucune

⁵¹² LE BIHAN-GRAF (Christine), « S'appuyer sur le droit communautaire pour donner sa pleine mesure au modèle de fonction publique de carrière », *loc. cit.*

⁵¹³ LEKEUFACK (Charles), « Recherche d'une politique communautaire de fonction publique », *loc. cit.*

autre disposition du traité ne développe la question. Seul l'article 48 du traité de Rome (article III – 133 actuellement) aborde laconiquement la notion d'administration publique, mais afin de justifier une dérogation quant à l'accès des ressortissants dans de tels emplois. Ainsi, la fonction publique n'est pas une matière dont le droit de l'Union souhaite *a priori* traiter, puisqu'elle est absente du processus de construction du marché commun. Néanmoins, si l'omission de la question de fonction publique n'est pas synonyme d'absence d'intérêt, le manque de base juridique comme fondement argue difficilement en faveur d'une potentielle construction d'une politique commune.

97 - L'impossible émergence d'une fonction publique européenne : l'exercice de la souveraineté indissociable de la fonction publique

La non implication de l'Europe sur cette question, comme cela a été précisé concernant les antagonismes originels entre le droit de la fonction publique et le droit européen, découle d'une filiation traditionnelle entre l'exercice de la souveraineté et la fonction publique. Le débat originel sur la souveraineté des États et la construction européenne refait ainsi aisément surface et s'avère constituer le deuxième élément nuanciant la possible construction d'un droit de la fonction publique harmonisé. La fonction publique apparaît comme l'attribut symbolique de la puissance étatique, et concourt ainsi à l'exercice de la souveraineté. Délaisser la fonction publique au profit de l'Europe serait partager la souveraineté des États ; sur cette question ces derniers apparaissent très frileux puisque « *de la sorte, poser le principe d'une politique de fonction publique commune aux États membres de l'Union, serait inévitablement vouloir marcher sur les plates-bandes de cette souveraineté* »⁵¹⁴. Pour certains auteurs, l'emprise du droit européen sur la question de fonction publique est déjà bien présente, et la souveraineté « *résiste désormais difficilement à l'offensive du droit communautaire, dont le déploiement multidimensionnel ne permet plus aux États de garder la maîtrise totale de l'ensemble de leurs prérogatives, entraînant nécessairement l'eupéanisation de cette même puissance* »⁵¹⁵. De plus, pour ceux se positionnant en faveur d'une reconnaissance d'un droit de la fonction publique européen, l'implication européenne ne signifie pas nécessairement l'abandon d'une part constituante de la souveraineté. En effet, pour ces derniers, les États préservent leur souveraineté puisqu'ils y apposent leur accord, ils conservent leur compétence dans l'application des mesures et mécanismes européens et ainsi leur pouvoir en matière de fonction publique ; la souveraineté de l'État n'est donc « *pas*

⁵¹⁴ LEKEUFACK (Charles), « Recherche d'une politique communautaire de fonction publique », *loc. cit.*

⁵¹⁵ *Ibid.*

vraiment remise en cause. L'obstacle constitué par la souveraineté est en effet surmonté par l'exercice de celle-ci par l'autorité habilitée pour ce faire »⁵¹⁶. Pourtant, à l'heure d'une Europe en difficulté, des interrogations quant au modèle européen et son influence persistent. La conjoncture actuelle semble peu favorable à l'édiction d'une fonction publique européenne.

98 - L'impossible émergence d'une fonction publique européenne : l'hétérogénéité des fonctions publiques

L'hétérogénéité des modèles de fonctions publiques en Europe semble également nuancer l'influence européenne et son emprise. La souveraineté de l'État et la fonction publique sont intimement liées, car comme cela a été rappelé, la fonction publique est le reflet de l'État, elle découle de ce dernier. Ainsi bien évidemment, il y a autant de fonctions publiques que d'États en Europe, et elles contiennent toutes des particularismes forts et marqués. La classification même de ces fonctions publiques s'avère un challenge impossible puisqu'il est bien difficile de les définir à l'intérieur même d'un seul État. La fonction publique française suit ainsi l'histoire du pays et évolue au fil des régimes et gouvernements. L'accès à la fonction publique a vu se succéder la nomination, le concours, le contrat et parfois même les trois en même temps. Aujourd'hui la fonction publique française s'attache à un modèle statutaire, mais le contrat est toujours présent et vit même un renouveau source de problématiques et interrogations. Définir la fonction publique française s'avère ainsi une tâche bien complexe ; cela apparaît tout aussi difficile concernant les autres États. Aucune véritable classification ne peut être effectuée : l'Allemagne opte pour un système dualiste distinguant les fonctionnaires soumis au droit public et les autres salariés et ouvriers régis par le droit privé. La Grande Bretagne, comme cela a été plus amplement exposé, a une définition singulière de la fonction publique, s'attachant davantage à un système d'emploi et effectuant une classification rigoureuse entre les agents œuvrant pour la Couronne et les autres. Les Pays-Bas, quant à eux, distinguent de façon moins marquée le droit public du droit privé. Ainsi le droit européen regroupe divers modèles et conceptions. Il s'agit de donner une consistance européenne à un concept développé, par essence, nationalement. La question reprend ainsi toute la problématique européenne autour de la souveraineté et de l'identité des États, faisant parfois obstacle à une construction cohérente et légitime. Les États ont une histoire, une identité propre et les choix opérés reflètent avant tout autre chose un contexte historique, culturel, politique, économique ou encore social, qu'une conception commune pourrait renier.

⁵¹⁶ LEKEUFACK (Charles), « Recherche d'une politique communautaire de fonction publique », *loc. cit.*

Toutefois, certains n'entrevoient aucun obstacle dans cette construction, arguant que les États européens ont également une histoire commune, et surtout qu'ils sont aujourd'hui liés par les mêmes problématiques et exigences de modernisation, d'adaptation et de compétitivité. Néanmoins si le droit européen semble démontrer une inclinaison notamment envers un système d'emploi, il s'avère bien complexe d'y entrevoir une véritable notion commune.

L'influence de l'Europe mérite ainsi d'être nuancée, et le besoin de justification entraîne une certaine perplexité. En effet, l'Europe apparaît comme un alibi, une justification pour recourir au contrat dans la fonction publique. À travers les différents exemples, en matière de droit comparé notamment, l'efficacité statutaire ressort, comme un effet secondaire et contraire à la ferveur contractuelle dégagée dans les États membres. Si le statut est décrit comme rigide et inefficace en termes de gestion des ressources humaines, l'étude du droit comparé et de l'influence européenne démontrent parfois le contraire.

Chapitre 2 : Le recours au contrat pérenne comme régulateur de l'emploi

Les raisons justifiant l'utilisation du recrutement contractuel ont été étudiées, à travers tous les facteurs attractifs du recours au contrat. Néanmoins l'utilisation pérenne du contrat, s'installant durablement en droit de la fonction publique, s'accompagne également d'un effet précarisant. En effet, une absence de cadre à l'origine d'une définition dispersée de l'agent non titulaire (Section 1) ou encore un défaut de protection conduisant à des situations abusives comme les renouvellements répétés des contrats à durée déterminée (Section 2), témoignent d'un effet précarisant découlant de l'insertion du recrutement contractuel. Paradoxalement, c'est à nouveau en utilisant le contrat que l'on va tenter de résorber la précarité, en consacrant le contrat pérenne comme régulateur : le contrat à durée indéterminée.

Section 1 - La précarisation de l'agent non titulaire

Parmi les effets précarisant découlant de l'utilisation contractuelle, le premier semble provenir d'un manque d'homogénéité et d'une dispersion de l'offre contractuelle (1 §). Non seulement le contrat s'installe, mais une véritable « palette » contractuelle est offerte déployant des situations très diverses : l'auxiliaire ou le vacataire ne rencontrent pas les mêmes problématiques que l'agent contractuel en contrat à durée déterminée par exemple. Toutefois, la notion d'agent non titulaire couvre une telle dispersion de situations, que l'on soulignera également une influence statutaire forte, où l'agent oscillera entre des dispositions statutaires et un support contractuel parfois limité (2§). Cette offre contractuelle hétérogène complique

ainsi l'élaboration d'un statut propre à l'agent contractuel, ce qui constitue le deuxième effet précarisant lié au contrat pérenne. L'agent non titulaire apparaît ainsi comme un agent « hybride », de droit privé et/ou de droit public, aux règles complexes, dont l'hétérogénéité sera bien souvent en faveur d'une certaine insécurité.

1 §- Une hétérogénéité caractérisant l'agent non titulaire

La coexistence d'une multitude de contrats conduit nécessairement à une certaine précarisation qu'il est ainsi bien difficile de contenir, étant donné les nombreuses caractéristiques distinguant chaque convention. La première difficulté apparaît dans la définition plurielle et hétérogène de l'agent non titulaire (A). Non seulement il est difficile de définir l'agent non titulaire, mais ce dernier est également caractérisé par une diversité et une hétérogénéité fortes dans les situations et régimes qui s'appliquent à lui (B). Ainsi une abondance de recours dérogeant au principe en vertu duquel les emplois permanents sont occupés par des fonctionnaires vient conditionner l'entrée de l'agent non titulaire dans la fonction publique. Les agents non titulaires pourront être recrutés sur des emplois non permanents, comme cela peut paraître *a priori* cohérent, mais aussi sur des emplois permanents suivant diverses conditions. L'étude de la définition et du régime s'appliquant à l'agent non titulaire s'avèrent ainsi très démonstratrice : la diversité est à l'origine d'une certaine instabilité.

A - Une définition plurielle de l'agent non titulaire

Établir une définition de l'agent non titulaire pourrait paraître bien simple : il s'agirait de l'agent n'étant pas titulaire d'un grade, en opposition au fonctionnaire qui en est titulaire et qui se trouve dans une situation légale et réglementaire. Néanmoins les situations étant disparates entre les agents non titulaires, la définition et la qualification de ce dernier donnent lieu à des régimes bien différents, qu'il soit agent de droit public (1), ou agent de droit privé (2). Cette première constatation s'avère ainsi constituer le premier élément caractéristique d'une situation précaire des agents non titulaires et la justification du contrat pérenne afin de résorber cette même précarité.

1 -La définition de l'agent non titulaire de droit public

99 – Une définition insatisfaisante de l'agent non titulaire de droit public

Comme cela a été mentionné, la définition de l'agent non titulaire peut, à première vue, apparaître avec simplicité comme on peut le constater avec celle donnée par l'INSEE : « Les

non-titulaires et autres catégories et statuts sont des agents de la fonction publique qui ne sont ni titulaires, ni bénéficiaires de contrats aidés »⁵¹⁷. Néanmoins, cette définition proposée définit l'agent non titulaire seulement par une opposition avec l'agent titulaire : le fonctionnaire. Autrement dit, l'agent non titulaire est l'agent qui n'est pas fonctionnaire, donc non titularisé. Cependant, les définitions négatives s'avèrent souvent bien incomplètes et ne permettent pas de mesurer l'étendue de la notion devant être dégagée : « *La définition négative, qui consiste à dire ce que n'est pas une chose, plutôt que ce qu'elle est, est elle aussi très imparfaite [...] Elle va même à l'encontre d'un loi importante de la définition, qui dit qu'une définition ne peut se faire par des termes négatifs [...] La définition négative peut constituer en plusieurs circonstances un bon point de départ* »⁵¹⁸. Ainsi, derrière cette simple énonciation se cachent de nombreux agents, de nombreuses situations et parfois même différents droits et donc diverses juridictions. La notion d'agent non titulaire est plus vaste qu'il n'y paraît et regroupe par exemple des contractuels, des auxiliaires, des apprentis, des stagiaires ou encore des vacataires⁵¹⁹. La notion de contractuel concerne principalement les agents en contrat à durée déterminée et à durée indéterminée, néanmoins d'autres conventions coexistent en droit de la fonction publique. L'hétérogénéité se retrouve à travers des situations bien différentes : les agents non titulaires pouvant avoir des liens juridiques de droit privé ou de droit public. Le droit du travail comme le droit de la fonction publique s'appliquent donc aux agents non titulaires, ce qui entrainera une différenciation de compétence juridictionnelle : l'agent de droit privé relèvera du droit du travail et les litiges seront ainsi de la compétence du juge judiciaire, contrairement à l'agent de droit public qui relèvera de la compétence de la juridiction administrative. Bien que la jurisprudence du tribunal des conflits, dans son arrêt *Berkani*, dispose que « *les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi* »⁵²⁰, l'hétérogénéité des agents non titulaires et la confrontation des deux droits perdurent. Enfin, une autre différenciation s'opère également dans la catégorie « générique » d'agent non titulaire selon que ce dernier est recruté sur un emploi permanent ou non permanent. Il s'agit en réalité d'une catégorie « fourre-tout », qui démontre un manque de cadre évident à l'origine de situations précaires. Si une offre contractuelle diversifiée s'accompagne d'arguments favorables aux pratiques gestionnaires,

⁵¹⁷ www.insee.fr

⁵¹⁸ THIBAudeau (Victor), *Principes de logique : définition, énonciation, raisonnement*, Laval : Les presses de l'Université de Laval, Coll. Zéthésis, 2006, 906 pages.

⁵¹⁹ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-35

⁵²⁰ TC, 25 mars 1996, *préfet de la Région Rhône-Alpes*, dit « Berkani », n° 03000, R. : 535, concl. Martin ; AJDA : 1996, p 354, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; RFDA : 1996, p 819, concl. ; JCP : 1996. II. 22664, note Moudoudou ; D. : 1996, p 598, note Saint-Jours

puisque la diversité permet d'adapter les recrutements aux besoins de l'administration, elle s'avère également constituer un vecteur de complexification pour l'employeur public qui devra témoigner de larges compétences en pratiquant de nombreux recrutements différenciés. Les catégories d'agents non titulaires seront ainsi étudiées afin de mettre en lumière la singularité, l'utilité ou encore les difficultés découlant de chaque situation juridique, ce qui permettra de comprendre en quoi la multiplication et la diversité des recrutements conduisent à une certaine précarisation des agents. La catégorie impliquant des liens juridiques de droit public sera ainsi étudiée dans un premier temps.

100 – Les agents non titulaires « négligés » : vacataires, auxiliaires et stagiaires.

Le terme « négliger » signifie : « *ne pas prendre soin de quelque chose* », « *se désintéresser de quelque chose, ne plus s'en occuper* », ou encore « *ne pas tenir compte de quelque chose* »⁵²¹. Si le qualificatif paraît ainsi un peu fort, il démontre toutefois à travers les différentes situations qui vont être étudiées, qu'une multitude de situations précaires persistent dans une certaine indifférence, les solutions s'adressant principalement aux agents contractuels lorsque l'on traite de résorption de la précarité. À côté du contrat à durée déterminée, il existe ainsi notamment des agents vacataires, des agents auxiliaires ou encore des stagiaires.

Concernant l'agent vacataire tout d'abord, la notion n'a pas été définie clairement par les textes, alors que la jurisprudence a apporté peu d'éléments afin de contribuer à une définition plus claire⁵²². Toutefois, certaines caractéristiques peuvent être apportées afin de dresser les contours de la notion d'agent vacataire. L'agent vacataire est engagé pour exécuter un acte déterminé : il occupe donc un emploi temporaire où il convient de répondre à une mission donnée. Ces agents sont donc rémunérés à la vacation, habituellement sur une base horaire. Certains sont toutefois des fonctionnaires exerçant, selon les réglementations, des activités dans d'autres services. Néanmoins dans la majorité des cas, l'agent provient du secteur privé. La notion manquant de cadre, de nombreuses difficultés se posent fréquemment. Les agents vacataires sont considérés comme des collaborateurs temporaires de l'administration, lorsqu'ils ne sont pas fonctionnaires, dont la situation est précaire mais peuvent également occuper des emplois permanents. Sur ces questions parfois abusives, le juge sera intransigent afin de dénoncer les « fausses vacations » et considèrera l'agent vacataire comme un agent

⁵²¹ www.larousse.fr

⁵²² AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.* p 45

contractuel à durée déterminée. La jurisprudence apportera ainsi un éclairage nécessaire afin de distinguer une forme embryonnaire de statut pour l'agent vacataire à travers ses droits, en requalifiant les fausses vacations. Concernant les droits de l'agent vacataire, l'arrêt *Heulin* du Conseil d'État du 27 mars 1995⁵²³ permet de distinguer un premier droit résidant dans la communication du dossier administratif en cas de licenciement de l'agent. Néanmoins ce licenciement doit, de plus, être motivé : l'arrêt du Conseil d'État du 28 novembre 1990⁵²⁴ notamment s'assure ainsi que ce droit soit respecté dans le considérant suivant : « *que cette décision, prise sur le fondement de l'insuffisance professionnelle du requérant, était motivée par la manière de servir de M. Havel* ». Mais, comme cela est parfois souligné⁵²⁵ par la doctrine, ces droits s'avèrent bien « faibles » face aux exclusions légales ou réglementaires dont les vacataires font l'objet⁵²⁶. Le décret du 24 octobre 1985 exclut expressément les vacataires en matière de droit au supplément familial de traitement. Comme cela a été mentionné, la situation des agents vacataires est marquée d'une forte précarité, et s'avère même plus délicate que certains agents non titulaires. La jurisprudence intervient ainsi afin de limiter et contenir la précarité découlant des vacations, notamment en requalifiant les « vacations cachées ». Ainsi par exemple, dès 1989 la Cour administrative d'appel de Paris⁵²⁷ considère que l'agent « *qui occupait un emploi permanent, ne peut être regardé comme ayant eu la qualité de vacataire, alors même que l'acte par lequel il avait été nommé dans cet emploi faisait mention d'un recrutement en cette qualité* », l'agent avait donc droit à une indemnité de licenciement prévue pour les agents non titulaires. Dans un arrêt du 17 février 2009, le Tribunal administratif d'Amiens⁵²⁸ reconnaît également la qualité d'agent contractuel en contrat à durée déterminée à un agent vacataire, ce dernier devant être regardé comme « *occupant, non un poste de vacataire, mais un poste permanent d'agent non titulaire à temps partiel bénéficiant de contrats à durée déterminée successifs sans solution de continuité* ». La jurisprudence, prise entre la nécessaire contention des recrutements abusifs et des vacations

⁵²³ CE, 27 mars 1995, *Heulin*, n° 104274, *Recueil Lebon* p 141 : « *Considérant en premier lieu que l'intéressé a été invité par lettre du 4 janvier 1985 à prendre connaissance de son dossier, ce qu'il a fait le 7 janvier, que ce dossier comportait l'ensemble des éléments qui lui étaient reprochés* ».

⁵²⁴ CE, 28 novembre 1990, *Havel*, n° 78450

⁵²⁵ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p 530-532

⁵²⁶ Décret n°85-1148 du 24 octobre 1985 modifié relatif à la rémunération des personnels civils et militaires de l'État, des personnels des collectivités territoriales et des personnels des établissements publics d'hospitalisation, *JORF* : 5 novembre 1985, p 12775, article 10 : « *Le droit au supplément familial de traitement, au titre des enfants dont ils assument la charge effective et permanente à raison d'un seul droit par enfant, est ouvert aux magistrats, aux fonctionnaires civils, aux militaires à solde mensuelle ainsi qu'aux agents de la fonction publique de l'État, de la fonction publique territoriale et de la fonction publique hospitalière dont la rémunération est fixée par référence aux traitements des fonctionnaires ou évolue en fonction des variations de ces traitements, à l'exclusion des agents rétribués sur un taux horaire ou à la vacation* ».

⁵²⁷ CAA, Paris, 5 décembre 1989, *M. Jodelet ctre Commune de Joinville-le-Pont*, n°89PA00948, *recueil Lebon* : 31 décembre 1990, *AJFP* : 2015, p 11

⁵²⁸ TA, Amiens, 17 février 2009, *Mme Grebert*, n° 0700034, *AJFP* : 2009, p 190

« cachées », et le respect du principe selon lequel les emplois permanents doivent être occupés par des agents titulaires, s'avère ainsi hésitante quant à une requalification des contrats, notamment de vacation en contrat à durée indéterminée qui ne demeure pas le contrat de droit commun en droit de la fonction publique contrairement au droit du travail. Toutefois, la répétition des comportements abusifs en matière de recrutement des vacataires a conduit le Conseil d'État à admettre la requalification de la situation juridique de l'agent ayant été employé par l'administration suite à différentes vacations successives, de façon indirecte en contrat à durée indéterminée. Ainsi reprenant les règles du formalisme du contrat de travail en droit privé, un contrat ne justifiant pas d'un écrit doit être regardé comme un contrat à durée indéterminée⁵²⁹. La requalification du contrat de l'agent vacataire en contrat à durée déterminée peut également avoir pour conséquence de permettre à l'agent non titulaire de demander la requalification de son contrat en contrat à durée indéterminée, en vertu de la loi Sauvadet du 12 mars 2012. Par exemple, un agent vacataire justifiant d'au moins six années de service, voit son contrat requalifié en contrat à durée indéterminée, ainsi il pourra faire l'objet de la « *cédésation* ». La reconnaissance par la jurisprudence d'une requalification du contrat de vacation en contrat à durée indéterminée n'est donc pas directe, mais s'avère découler des conséquences possibles d'une requalification en succession de contrats à durée déterminée. Une fois encore, le contrat pérenne trouve sa source dans des comportements abusifs, comme des vacations détournées.

Les auxiliaires constituent également une catégorie d'agent non titulaire bien particulière. En effet, la définition de l'agent auxiliaire est incomplète. Ces derniers sont issus de pratiques administratives rapprochées de celles des agents titulaires. Par exemple, un arrêté de nomination détermine la situation individuelle de l'agent auxiliaire. L'auxiliariat n'a pourtant pas toujours été encadré par des règles similaires à celle des agents titulaires. Les emplois non permanents ne pouvant être assurés par les fonctionnaires, l'État se pourvut rapidement d'agents auxiliaires afin de combler temporairement les besoins de l'administration. Toutefois, l'augmentation des besoins n'allant pas avec celle des agents titulaires, l'accroissement du nombre d'auxiliaires posa rapidement problème et la création d'un statut

⁵²⁹ CAA, Nancy, 30 juin 2011, *Mme A ctre la Chambre de Commerce et d'Industrie du Doubs*, n°10NC00477 ; AJDA : 2011, p 2311 ; AJFP : 2012, p 51 : « « le contrat verbal conclu par une personne publique en vue du recrutement d'un agent doit être regardé, en l'absence d'éléments contraires, comme un contrat à durée indéterminée ; qu'il ne résulte pas de l'instruction que l'engagement de M^{me} L. aurait fait l'objet d'un contrat écrit ; que, dès lors, l'intéressée doit être regardée comme ayant été recrutée à durée indéterminée ».

similaire à celui des fonctionnaires vit le jour dès 1946⁵³⁰. L'agent auxiliaire est donc un agent non titulaire particulier dont les règles sont statutaires et non contractuelles. Aujourd'hui il existe peu d'agents auxiliaires, la catégorie la plus importante étant constituée par l'Éducation Nationale et les maîtres auxiliaires. Ces derniers sont recrutés par un acte administratif unilatéral et sont nommés par arrêté rectoral. Les agents auxiliaires bénéficient d'un statut, toutefois incomplet, en vertu du décret du 3 avril 1962⁵³¹. La situation des agents auxiliaires est précaire et l'article 10 du décret encadrant ces derniers le précise.

Enfin, le stagiaire constitue une catégorie singulière marquée d'une hybridation forte. En effet, l'agent stagiaire est nécessairement un agent non titulaire, puisqu'il n'est pas encore titularisé. Cependant ce dernier est régi également par un statut le plaçant dans une situation administrative dont les vacances seront compensées par le statut régissant les fonctionnaires. Bien que l'agent soit non titulaire, on parlera toutefois de « fonctionnaire stagiaire ». Le stagiaire désigne le lauréat d'un concours de la fonction publique, nommé à un emploi permanent, en attente de titularisation⁵³². Le stagiaire est donc un agent en formation, dont la situation se place entre la nomination et la titularisation. Ainsi, avant d'être définitivement intégré dans l'administration, le futur fonctionnaire doit effectuer un stage, dont la durée peut varier dans les trois versants de la fonction publique. Les stagiaires bénéficient d'un statut, mais ce dernier nécessite d'être complété avec des statuts particuliers. Ainsi, par exemple les agents stagiaires de l'État sont régis par le décret n°94-874⁵³³ qui définit le stagiaire comme suit : les « *personnes qui ont satisfait à l'une des procédures de recrutement prévues et qui ont vocation à être titularisées après la période probatoire ou la période de formation qui est exigée par le statut particulier du corps dans lequel elles ont été recrutées. Pour l'application du présent décret, les personnes mentionnées à l'alinéa précédent sont désignées ci-après sous l'appellation de "fonctionnaires stagiaires"* ». Le stage désigne une période probatoire où l'agent devra faire ses preuves dans les services qu'il intégrera définitivement s'il satisfait

⁵³⁰ Décrets n° 46-759 du 19 avril 1946 fixant les dispositions d'ordre général applicables aux employés auxiliaires de l'Etat, *JORF* : 21 avril 1946, p 3342 ; Décret n° 46-1754 du 5 août 1946 modifie le décret 46759 du 19-04-1946 fixant les dispositions d'ordre général applicable aux employés auxiliaires de l'Etat en son art.18, 1^{er} ali., *JORF* : 8 août 1948, p 7018

⁵³¹ Décret n° 62-379 du 3 avril 1962 fixant les dispositions applicables aux maîtres auxiliaires des écoles normales primaires, des lycées classiques, modernes et techniques et des collèges d'enseignement technique et aux maîtres d'éducation physique relevant du haut-commissariat à la jeunesse et aux sports, *JORF* : 7 avril 1962, p 3651, article 10 : « *Entrent dans la catégorie des maîtres auxiliaires et sont soumis à l'ensemble des dispositions applicables à ce personnel tous les maîtres chargés par les recteurs, et à titre essentiellement précaire, soit : d'assurer l'intérim d'un emploi vacant de professeur titulaire ; D'assurer la suppléance d'un professeur en congé de maladie ou de maternité ; De donner pendant tout ou partie de l'année scolaire un enseignement constituant un service incomplet ; Ou d'assurer un service complet d'enseignement constitué par un groupement d'heures supplémentaires* ».

⁵³² AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p 210

⁵³³ Décret n°94-874 du 7 octobre 1994 fixant les dispositions communes applicables aux stagiaires de l'État et de ses établissements publics, *JORF* : 12 octobre 1994, n° 237, p 14464

aux conditions nécessaires. Toutefois la période de stage peut également comprendre un temps de formation dans une école comme l'ENA ou les IRA par exemple. Durant le stage, l'agent sera formé et évalué et s'il ne fait pas ses preuves, ce dernier pourra voir son stage se prolonger ou pourra même être licencié. Le licenciement intervient en fin de stage, néanmoins il peut également se produire en cours de stage après toutefois une certaine durée, environ six mois dans la fonction publique d'État⁵³⁴. Si le licenciement en fin de stage n'est pas une sanction disciplinaire comme l'indiqua le Conseil d'État dans un arrêt du 15 novembre 1996⁵³⁵, le licenciement doit toutefois intervenir si le stage s'est déroulé dans des conditions permettant d'appréhender les aptitudes et les compétences de l'agent stagiaire⁵³⁶. Ainsi, un agent stagiaire ayant reçu un courrier du maire lui signifiant que le mécontentement des élus ne permet pas d'envisager sa titularisation contre l'avis du bureau municipal valait licenciement. Toutefois les « fonctionnaires stagiaires » bénéficient d'une certaine protection tenant aux motifs du licenciement, ces derniers ne pouvant pas porter atteinte aux libertés fondamentales de l'agent comme la liberté d'opinion. Néanmoins, les agents stagiaires ne peuvent invoquer un droit à la communication préalable de leur dossier administratif en cas de licenciement en fin de stage. Si cela peut paraître étonnant, il semblerait pour la doctrine que cela soit peut-être un moyen de compenser le « *faible nombre des refus de titularisation dû à la fois à l'excellence des recrutements et aux postures dilettantes des chefs de service dans le suivi des stagiaires placés sous leur responsabilité* »⁵³⁷. Ainsi, bien souvent le Conseil d'État ou encore les Cours administratives d'appel annulent les décisions des tribunaux administratifs exigeant le respect de la communication du dossier préalablement à son licenciement⁵³⁸. La motivation du licenciement de l'agent stagiaire en fin de stage ne doit

⁵³⁴ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p 213

⁵³⁵ CE, 15 novembre 1996, *Chambre des métiers du Val-de-Marne*, n° 151932 : « Considérant que le licenciement en fin de stage de Mme X... ne présentait aucun caractère disciplinaire et n'avait pas, dès lors, à être précédé de la communication du dossier ».

⁵³⁶ CE, 1^{er} février 2012, *Cne d'Incarville*, n° 336362, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2012, p 238 ; *AJCT* : 2012, p 381, obs. D. Krust : « tout fonctionnaire stagiaire a le droit d'accomplir son stage dans des conditions lui permettant d'acquérir une expérience professionnelle et de faire la preuve de ses capacités pour les fonctions auxquelles il est destiné ; que, s'il est loisible à l'autorité administrative d'alerter, en cours de stage, l'agent sur ses insuffisances professionnelles et, le cas échéant, sur le risque qu'il encourt de ne pas être titularisé s'il ne modifie pas son comportement, la collectivité employeur ne peut, avant l'issue de la période probatoire, prendre d'autre décision que celle de licencier son stagiaire pour insuffisance professionnelle ».

⁵³⁷ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p 214

⁵³⁸ CAA, Nancy, 6 mai 2004, *Min. de l'Education nationale*, n° 03NC00214, *Recueil Lebon* : « Considérant qu'un agent public ayant, à la suite de son recrutement ou dans le cadre de la formation qui lui est dispensée, la qualité de stagiaire se trouve dans une situation probatoire et provisoire ; qu'il en résulte qu'alors même que la décision de ne pas le titulariser en fin de stage est fondée sur l'appréciation portée par l'autorité compétente sur son aptitude à exercer les fonctions auxquelles il peut être appelé et, de manière générale, sur sa manière de servir, et se trouve ainsi prise en considération de sa personne, elle n'est pas - sauf à revêtir le caractère d'une mesure disciplinaire - au nombre des mesures qui ne peuvent légalement intervenir sans que l'intéressé ait été mis à même de faire valoir ses observations ou de prendre connaissance de son dossier, et n'est soumise qu'aux formes et procédures expressément prévues par les lois et les règlements ».

respecter que les libertés fondamentales de l'agent, toutefois cela diffère du licenciement intervenant en cours de stage. Si le licenciement ne doit pas être motivé dans tous les cas, il doit toutefois avoir des motifs⁵³⁹. Ainsi, on ne peut invoquer par exemple les opinions politiques du stagiaire, auquel cas la décision serait susceptible d'un référé liberté, et dans un second temps d'un recours pour excès de pouvoir. Les conséquences de l'annulation d'un licenciement peuvent être diverses : si elle intervient en cours de stage, elle entraînera notamment la réintégration du stagiaire dans les mêmes conditions précédant son éviction litigieuse. Toutefois, l'annulation d'un licenciement en fin de stage peut également avoir pour conséquence d'entraîner la titularisation de l'agent, si des conditions de fond justifient l'annulation par exemple, néanmoins bien souvent tous les éléments nécessaires peinent à être réunis et l'agent stagiaire ne pourra pas être titularisé malgré le caractère illégal de son licenciement⁵⁴⁰. Le stagiaire est ainsi un agent non titulaire hybride, pas encore titulaire mais dont l'exercice peine à s'y distinguer.

La catégorie des agents non titulaires de droit public étudiée est très instructive. Elle démontre par son seul exemple la diversité des agents non titulaires et leur caractère « générique ». Il est parfois bien difficile de distinguer l'agent non titulaire de l'agent titulaire, et leur recrutement oscille entre contrat et statut. Un deuxième élément enseigné réside dans le caractère précaire des agents non titulaires. L'agent vacataire ne dispose que de très peu de protection, l'auxiliaire apparaît comme un agent hybride, disposant d'un statut incomplet lui revêtant l'allure d'un agent titulaire sans en être un. Enfin, l'agent stagiaire se retrouve dans une situation intermédiaire entre la nomination et la titularisation, et bien qu'il bénéficie d'un statut, la titularisation n'est pas acquise et ce dernier pourra être licencié. Le « fonctionnaire stagiaire » se verra même dans l'impossibilité d'être titularisé lorsque son licenciement est illégal. Enfin, le dernier des apports est constitué par la jurisprudence. Cette dernière permet, d'une part, de définir et d'encadrer la notion d'agent non titulaire, et d'autre part de contenir la précarité résultant des situations éparses des agents non titulaires en sanctionnant les abus. Les requalifications opérées par les juges s'avèrent constituer les seules actions efficacement dissuasives et démontrent également un manque de cadre propice aux contournements et aux détournements. L'intérêt des recrutements des agents non titulaires pour l'administration

⁵³⁹ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p 215

⁵⁴⁰ CE, 12 juin 1998, *Robert*, n° 157776, *Recueil Lebon* p 232 ; *AJFP* : 1999, p 42 : « Il appartenait au maire, d'une part, de réintégrer M Robert dans ses fonctions à la date du 28 juin 1990, à laquelle il avait été irrégulièrement licencié et, d'autre part, compte tenu du motif sur lequel s'était fondé le tribunal administratif et en l'absence de toute circonstance invoquée par la commune qui y aurait fait obstacle, de procéder à sa titularisation ».

réside essentiellement dans cette souplesse et imprécision volontaire, que les juridictions tentent d'encadrer et contenir tout en s'efforçant de conserver les principes de la fonction publique, comme l'occupation des emplois permanents par les fonctionnaires.

2 -L'éclatement de la notion d'agent contractuel de droit public

101 – La notion d'agent contractuel de droit public

La notion d'agent contractuel de droit public est également très complexe. Elle concerne, de façon générale, les agents non titulaires liés à l'administration par un contrat. Distinguée des agents vacataires par exemple, la catégorie se distingue elle aussi par une certaine hybridation, et le critère d'identification de l'agent contractuel a ainsi nécessité de nombreuses interventions jurisprudentielles⁵⁴¹. Dans un premier temps, le tribunal des conflits dans un arrêt du 25 mars 1996⁵⁴² dit « *Berkani* » considéra « *que les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi* ». Dans un second temps, le Conseil d'État dans un arrêt du 19 juin 1996⁵⁴³ reprit les mêmes critères distingués par le Tribunal des conflits en considérant qu'une association, régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, « *est une personne morale de droit privé ; qu'il suit de là qu'alors même qu'elle concourt à l'exécution d'un service public de l'État, et quelles que soient ses modalités de fonctionnement et de financement, les rapports entre elle et les agents qu'elle recrute pour son compte ne peuvent être que des rapports de droit privé* ». La Cour de cassation consacra le même critère dans un arrêt de la chambre sociale du 18 juin 1996⁵⁴⁴. Ainsi, l'agent public contractuel est *a priori* toute personne travaillant pour le compte d'un service public administratif géré par une personne publique. Toutefois, l'hybridation et le caractère singulier de l'agent public contractuel se retrouvent dans sa situation légale et réglementaire. En effet la qualité d'agent contractuel n'évince pas ce dernier d'une situation légale et réglementaire propre à l'agent public. Le contrat de l'agent est composé, pour l'essentiel, de clauses réglementaires et dans le silence du contrat, ce sont les dispositions réglementaires qui viendront s'appliquer. Si cette position paraît cohérente et protectrice, les conséquences pour l'agent s'avèreront plus

⁵⁴¹ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.* p 44

⁵⁴² TC, 25 mars 1996, *préfet de la Région Rhône-Alpes*, dit « *Berkani* », n° 03000, R. : 535, concl. Martin ; *AJDA* : 1996, p 354, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *RFDA* : 1996, p 819, concl. ; *JCP* : 1996. II. 22664, note Moudoudou ; *D.* : 1996, p 598, note Saint-Jours

⁵⁴³ CE, 19 juin 1996, *synd. Général CGT des personnels des affaires culturelles*, n°141728 145043, *Recueil Lebon* p 233

⁵⁴⁴ Cass, soc. 18 juin 1996, *Gonin*, n°95-40.491, *Bull. Civ. V.* n° 249 : « *le service des soins à domicile, faisait partie intégrante du service public hospitalier ; que, participant à l'exécution de ce service public administratif, Mme X... avait, quel que soit son emploi, la qualité d'agent public* ».

nuancées : l'agent n'aura aucun droit au maintien de son statut, ou ne pourra pas s'appuyer sur des clauses contractuelles afin de s'opposer à des modifications découlant des textes s'appliquant à sa situation. La difficulté provient ainsi de la nature juridique de l'agent qui malgré un support conventionnel, se trouve dans une situation hybride puisqu'il est placé dans une situation légale et réglementaire. Par exemple, en principe l'administration ne pourra pas modifier unilatéralement la rémunération, toutefois cela sera possible si la rémunération est fixée par un statut⁵⁴⁵.

102 – Le recours des tiers au contrat de recrutement

Si les agents contractuels n'ont aucun droit au maintien de leur situation⁵⁴⁶, le caractère hybride des agents contractuels a conduit le Conseil d'État à reconnaître aux tiers intéressés la possibilité d'exercer un recours en annulation d'un contrat de recrutement. Ainsi l'arrêt du Conseil d'État, *Ville de Lisieux*, dispose que : « *d'une part, qu'eu égard à la nature particulière des liens qui s'établissent entre une collectivité publique et ses agents non titulaires les contrats par lesquels il est procédé au recrutement de ces derniers sont au nombre des actes dont l'annulation peut être demandée au juge administratif par un tiers y ayant un intérêt suffisant* »⁵⁴⁷. Cette décision du Conseil d'État passionna la doctrine puisqu'elle retint de façon implicite le caractère statutaire de la situation de l'agent contractuel, primant sur le caractère contractuel en raison « *des liens* » s'établissant entre la collectivité et son agent. On reconnaît ainsi la possibilité d'un recours en annulation d'un contrat de recrutement pour un tiers autre que le préfet. De plus, bien que cela ne soit pas exprimé directement, l'inscription de l'arrêt dans le recueil Lebon démontre bien que le recours en annulation offert aux tiers intéressés est un recours pour excès de pouvoir. Un autre arrêt *Ville de Lisieux* du même jour considéra pareillement « *qu'en application de ces dispositions législatives le préfet du Calvados était recevable à déférer au tribunal administratif de Caen la délibération du 5 décembre 1991 par laquelle le conseil municipal de Lisieux a créé un emploi de "coordonnateur du service jeunesse", et à demander*

⁵⁴⁵ CE, 11 mai 1977, *syndicat du personnel navigant de l'aéronautique*, n° 98974, *Recueil Lebon* p 209, *JCP* : 1978. II. 18930, note J. Dufau : « « *Cons. Que les règles relatives à la rémunération du personnel navigant professionnel contractuel du Ministre de la défense ont été fixées par l'instruction du Ministre des armées en date du 23 novembre 1970 ; qu'en admettant même que la disposition attaquée modifie cette instruction, l'autorité administrative peut, dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires applicables, fixer et modifier librement les dispositions réglementaires qui régissent les agents des services publics, même contractuels, et notamment celles qui sont relatives aux conditions de leur rémunération* ».

⁵⁴⁶ CE, 2 mars 1949, *syndicat national du personnel civil des services de contrôle technique*, *Recueil Lebon* p 102

⁵⁴⁷ CE, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n° 149662, *Recueil Lebon* p 375 ; *RFDA* : 1999, p 128 ; concl. Stahl, p 139, note Pouyaut ; *AJDA* : p 1041, chron. Fombeur et Raynaud

l'annulation pour excès de pouvoir du contrat destiné à pourvoir cet emploi »⁵⁴⁸. Toutefois, le deuxième arrêt diffère du premier présenté puisqu'il s'agissait d'un déféré préfectoral. On avait ainsi précédemment reconnu qu'il s'agissait d'un recours pour excès de pouvoir, même s'il portait sur un contrat administratif. Désormais, le déféré préfectoral contre un contrat administratif relève du contentieux de pleine de juridiction et non plus de l'excès de pouvoir comme le démontre l'arrêt du Conseil d'État du 23 décembre 2011⁵⁴⁹.

Le choix du recours pour excès de pouvoir, concernant la possibilité offerte aux tiers intéressés d'exercer un recours en annulation, semble toutefois abandonné avec l'arrêt *Tarn-et-Garonne* du 4 avril 2014⁵⁵⁰. Provoquant différentes interrogations quant à la « survie » et la persistance de la jurisprudence *Ville de Lisieux*, le Conseil d'État précisa dans son arrêt *Tarn-et-Garonne* « *qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles* ». Cette volonté de préserver et d'assurer la poursuite des relations contractuelles semble animer le revirement opéré par le Conseil d'État, et cela ne se démontre pas que par la seule énonciation précitée. En effet, le Conseil d'État introduit, par cet arrêt, une nouvelle possibilité de recours en contestation de validité contractuelle ouvert à tous les tiers. Cette décision, constituant un prolongement de l'arrêt *Tropic* du 16 juillet 2007⁵⁵¹, « *révèle clairement que la recherche d'une plus grande sécurité*

⁵⁴⁸ CE, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n° 149663, *Recueil Lebon* p 375 ; *RFDA* : 1999, p 128 ; concl. Stahl, p 139, note Pouyaud ; *AJDA* : p 1041, chron. Fombeur et Raynaud

⁵⁴⁹ CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, n° 348648, *Recueil Lebon* p 662 ; *JCP Adm.* : 2012. Actu. 13, obs. L. Erstein, et 2012, n° 2154, obs. L. Linditch ; *CMP* : février 2012, comm. 56, note J.-P. Pietri ; *Droit adm.* : février 2012, comm. 27, note A. Claeys ; *AJDA* : 2012, p 1064, note M. Quyyollet ; *AJDA* : 2012. 5, obs. R. Grand ; *RFDA* : 2012. 683, note, P. Delvolvé ; *RLCT* : 2012, n° 78, p. 51, note C. Ribot ; *AJCT* : 2012. 315, obs. E. Lanzarone et H. Braunstein : « *que le préfet peut, sur le fondement des dispositions des articles L. 2131-2 et L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales, rendues applicables aux établissements publics de coopération intercommunale par l'article L. 5211-3 de ce code, saisir le juge administratif d'un déféré tendant à l'annulation d'un marché public* », le Conseil d'État conclut « *qu'eu égard à son objet, un tel recours formé à l'encontre d'un contrat relève du contentieux de pleine juridiction* ».

⁵⁵⁰ CE, Ass, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne c/ Bonhomme*, n° 358994, *Recueil Lebon* p 70 ; *AJDA* : 2014, p 1035, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *RDI* : 2014, p 344, obs. S. Braconnier ; *AJCT* : 2014, p 375, obs. S. Dyens, et 380, interview S. Hul ; *RFDA* : 2014, p 425, concl. B. Dacosta ; *RFDA* : 2014, p 438, note P. Delvolvé ; *GAJA* n°116

⁵⁵¹ CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, n° 291545, *Recueil Lebon* p 360 ; *AJDA* : 2007, p 1577, chron. F. Lenica, J. Boucher ; *AJDA* : 2007, p 1497, trib. S. Braconnier ; *AJDA* : 2007, p 1777, trib. J-M Woehrling, *AJDA* : 2007, p 2200, note S. Braconnier ; *RFDA* : 2007, p 696, concl. D. Casas ; *RFDA* : 2007, p 917, note F. Moderne ; *RFDA* : 2007, p

juridique - au sens de stabilité des relations contractuelles - est devenue le nouveau paradigme du contentieux contractuel, en renvoyant au second plan l'impératif de légalité objective. Traduit en langage contentieux, nous assistons en notre matière au reflux du contentieux de l'excès de pouvoir au profit du plein contentieux »⁵⁵². Néanmoins, si certains perçoivent une « suite logique » de l'arrêt participant à la continuation des volontés dégagées dans les jurisprudences précédentes, le dispositif de l'arrêt Tarn-et-Garonne laisse toutefois de nombreuses interrogations en suspens, qui vont elles aussi passionner la doctrine. En effet, bien que l'arrêt précise qu'il ne remet pas en cause la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat, qu'en est-il toutefois de la jurisprudence *Ville de Lisieux* et de l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre les contrats administratifs ? Sur cette question, les pronostics divergent et si certains anticipent une fin de la jurisprudence *Ville de Lisieux*, puisque le recours ouvert par cette dernière n'est évoqué ni par l'arrêt, ni par les conclusions du rapporteur public laissant ainsi supposer un fatal abandon, d'autres apportent des conclusions différentes puisque si l'arrêt ne mentionne pas la jurisprudence précédente, il ne l'évince pas non plus. D'autres questions persistent : quels tiers sont-ils désignés dans *Tarn-et-Garonne* ? Il semble que l'arrêt resserre la notion de « candidat évincé » employé dans l'arrêt *Tropic* en définissant ces derniers comme les tierces personnes à un contrat administratif « susceptibles d'être lésées dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses ». Il ne s'agit plus seulement du tiers pouvant agir, en se contentant de cette seule qualité mais ce dernier doit pouvoir justifier d'un intérêt direct. Si le sort de la jurisprudence *Ville de Lisieux* pose différentes interrogations, l'arrêt *Tarn-et-Garonne* semble mettre toutefois plus précisément fin à l'arrêt *Martin*⁵⁵³ en introduisant la possibilité d'un recours en plein contentieux contre un contrat, ce qui permet à Pierre Delvolvé de conclure⁵⁵⁴ que l'arrêt de 2014 est « une illustration éclatante du pouvoir créateur du juge administratif », qui bien qu'il « ne s'exerce pas seulement en matière de contentieux des contrats administratifs », témoigne d'une véritable mise en œuvre d'un pouvoir créateur « de l'arrêt Martin à l'arrêt Bonhomme ».

Néanmoins, la principale interrogation posée par l'arrêt *Tarn-et-Garonne* quant au sort du recours pour excès de pouvoir afin d'annuler un contrat de recrutement semble avoir trouvé

923, note D. Pouyaud ; *RFDA* : 2007, p 935, note M. Canedo-Paris ; *RFDA* : 2007, p 951, M-C Vincent – Legoux ; *RJEP* : 2007, p 645, concl., note P. Delvolvé

⁵⁵² DYENS (Samuel), « Le recours « Tarn-et-Garonne » : quand la sécurité juridique prime sur la légalité », in : *AJ Collectivités Territoriales*, 2014, p 375.

⁵⁵³ CE, 4 août 1905, *Martin*, n° 14220, *Recueil Lebon* p 749, *GAJA* n°15, concl. Romieu, *D.* 1907. 3

⁵⁵⁴ DELVOLVÉ (Pierre), « De Martin à Bonhomme. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs », in : *RFDA*, 2014, p 438

une réponse avec l'arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* du 2 février 2015⁵⁵⁵. Bien que divers éléments s'avèrent bien différents entre les deux arrêts, dus à la spécificité des faits et à la date du contrat conclu en l'espèce avant le 4 avril 2014 faisant ainsi échouer l'application de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne*, la solution dégagée en 2015 semble proposer une solution générale. En effet, en considérant « *que les membres de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales justifient d'un intérêt leur donnant qualité pour contester, devant le juge de l'excès de pouvoir, les contrats de recrutement d'agents non titulaires par la collectivité ou le groupement de collectivités concerné* », et en ajoutant « *qu'eu égard aux intérêts dont ils ont la charge, les membres de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales peuvent invoquer tout moyen à l'appui d'un recours contre de tels contrats de recrutement* », le Conseil d'État confirme la jurisprudence *Ville de Lisieux*. Le Conseil d'État admet ainsi que, même concernant les contrats conclus après le 4 avril 2014, les contrats de recrutement verront leur contentieux relever de l'excès de pouvoir et non plus du contentieux de pleine juridiction. De plus, par cet arrêt de 2015, le Conseil d'État rappelle également que les membres de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales justifient d'un intérêt donnant qualité pour former un recours contre les contrats de recrutement, à propos duquel ils pourront invoquer tout moyen.

L'étude des agents contractuels s'avère ainsi très instructive puisqu'elle démontre toute l'ambiguïté de la situation des agents non titulaires. En effet, les caractéristiques des agents non titulaires précédemment énoncées se retrouvent sans exception. D'une part, l'agent contractuel apparaît comme un agent hybride, soumis contractuellement et statutairement. Néanmoins ce métissage n'est pas en faveur d'une protection de l'agent, bien au contraire. La situation légale et réglementaire de l'agent contractuel semble « museler » sa liberté contractuelle et ce dernier ne retrouve ainsi ni la souplesse du contrat, ni la rigueur protectrice du statut. L'agent contractuel ne pourra pas, par exemple, invoquer une clause contractuelle afin d'éviter une modification de sa rémunération si cette dernière est prévue par un statut. Il s'agira ainsi d'une modification unilatérale imposée par le caractère statutaire de la situation de l'agent. D'autre part, le rôle de la jurisprudence est toujours déterminant. Si la jurisprudence peut paraître insuffisante afin de protéger l'agent contractuel, elle se déploie toutefois davantage concernant les tiers au contrat en permettant à ces derniers depuis l'arrêt *Ville de Lisieux* d'exercer un recours pour excès de pouvoir afin d'annuler un contrat de

⁵⁵⁵ CE, 02 février 2015, *Commune d'Aix en Provence*, n° 373520, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2015, p 192 ; *AJDA* : 2015, p 990, note F. Melleray

recrutement. Bien que la jurisprudence *Tarn et Garonne* laisse quelques interrogations en suspens, la possibilité du recours pour excès de pouvoir a toutefois été consacrée, à nouveau, par l'arrêt *Commune d'Aix en Provence* de 2015.

B – Un critère d'emploi différencié

La difficulté dans la définition d'un cadre déterminant les contours de l'agent non titulaire découle de l'hétérogénéité caractérisant ce dernier. La définition plurielle de l'agent non titulaire est un premier témoignage, elle regroupe des notions et des situations bien éparées. Toutefois, le caractère composite de l'agent non titulaire réside également dans le critère d'emploi. *A priori*, l'agent non titulaire est recruté pour un emploi non permanent (1), conformément au principe en vertu duquel les emplois permanents sont en principe occupés par des fonctionnaires, dans la logique poursuivie d'un recrutement temporaire afin de pallier des besoins déterminés dans le temps. Néanmoins, les non titulaires sont également recrutés pour des emplois permanents (2), ce qui peut poser certaines problématiques conduisant à une précarisation de l'agent non titulaire.

1 – L'agent non titulaire recruté pour un emploi non permanent

103 – Deux motifs justifiant le recours à un agent non titulaire pour un emploi non permanent

Comme cela a été précédemment mentionné, un autre élément s'avère important dans la classification des agents non titulaires : ceux recrutés sur un emploi non permanent, et ceux sur un emploi permanent. En effet, il convient dans un premier temps de bien différencier le caractère temporaire du recrutement de l'agent non titulaire, et, au contraire, la permanence de l'emploi. Si l'agent est recruté pour une durée déterminée, l'emploi occupé lui survit mais bien que les emplois permanents doivent être occupés par des fonctionnaires, il est toutefois permis exceptionnellement et dans des cas encadrés par la loi de recruter un agent contractuel pour un emploi permanent.

Concernant tout d'abord l'agent contractuel recruté sur un emploi non permanent dans la fonction publique, deux cas sont envisagés : l'accroissement temporaire de l'activité et l'accroissement saisonnier⁵⁵⁶. Le premier motif vise un accroissement temporaire d'activité nécessitant un renfort en personnel ou pour faire face à une situation transitoire impliquant

⁵⁵⁶ Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 19 janvier 1986, p 953, article 6 sexies « des agents contractuels peuvent être recrutés pour faire face à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité lorsque cette charge ne peut être assurée par des fonctionnaires »

une vacance momentanée d'emploi par exemple. L'accroissement saisonnier, quant à lui, concerne l'emploi dont les tâches sont normalement appelées à se répéter chaque année à des dates à peu près fixes, en fonction du rythme des saisons ou des modes de vies collectifs. La durée totale du contrat, y compris les renouvellements, ne peut excéder « *six mois au cours d'une période de douze mois consécutifs pour faire face à un besoin lié à un accroissement saisonnier d'activités* », et « *douze mois au cours d'une période de dix-huit mois consécutifs pour faire face à un besoin lié à un accroissement temporaire d'activités* »⁵⁵⁷.

Concernant la fonction publique hospitalière, la loi du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière est bien plus laconique en ne faisant mention que de l'accroissement temporaire d'activité⁵⁵⁸. La loi précise également que la durée maximale des contrats conclus est de douze mois sur une période de dix-huit mois consécutifs.

104 – Un recours aux agents non titulaires sur un emploi non permanent plus spécifique dans la fonction publique territoriale

Le versant territorial de la fonction publique est celui qui offre le plus de précisions et exceptions dans le recrutement d'agent non titulaire sur un emploi non permanent. En effet, les collectivités peuvent recruter temporairement des agents contractuels sur des emplois non permanents dans les deux cas suivant : « *Un accroissement temporaire d'activité, pour une durée maximale de douze mois, compte tenu, le cas échéant, du renouvellement du contrat, pendant une même période de dix-huit mois consécutifs ; un accroissement saisonnier d'activité, pour une durée maximale de six mois, compte tenu, le cas échéant, du renouvellement du contrat, pendant une même période de douze mois consécutifs* »⁵⁵⁹. Ainsi deux besoins peuvent justifier un recours à un recrutement contractuel sur un emploi non permanent dans la fonction publique territoriale, comme dans la fonction publique d'État. Néanmoins si les deux motivations de recours existaient avant la loi de 2012, un changement de terminologie a toutefois été apporté. Depuis la loi du 12 mars 2012, la notion de « *besoin*

⁵⁵⁷ Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 19 janvier 1986, p 953, article 7.

⁵⁵⁸ Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, *JORF* : 11 janvier 1986, article 9-1 : « *En outre, les établissements peuvent recruter des agents contractuels pour faire face à un accroissement temporaire d'activité, lorsque celui-ci ne peut être assuré par des fonctionnaires* ».

⁵⁵⁹ Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, modifié par la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions, *JORF* : 27 janvier 1984, article 3.

occasionnel ou saisonnier » a été modifiée et distinguée en deux motifs indépendants : celui « *d'accroissement saisonnier d'activité* », et « *d'accroissement temporaire d'activité* ». Concernant l'accroissement saisonnier d'activité, un agent non titulaire peut être recruté pour exercer des fonctions correspondant à un besoin saisonnier pour une durée maximale de six mois durant une même période de douze mois. Toutefois l'emploi saisonnier n'est pas un emploi permanent, la distinction n'est pas toujours aisée néanmoins le caractère permanent doit s'apprécier au regard de la nature permanente du besoin auquel satisfait l'emploi. Le Conseil d'État, dans un arrêt du 14 octobre 2009⁵⁶⁰, a toutefois précisé que la seule durée pendant laquelle le poste est occupé ne peut déterminer le caractère permanent de l'emploi. Mais inversement, le Conseil d'État⁵⁶¹ a énoncé que même en l'absence de pièces relatives aux conditions d'emploi et aux modalités de rémunération, le nombre de vacances effectuées pendant une longue durée, même s'il varie d'un mois sur l'autre, ne saurait exclure que ces vacances soient équivalentes à un emploi permanent. Toutefois, une précision concernant les services départementaux d'incendie et de secours est ajoutée : « *Les dispositions sont applicables aux services départementaux d'incendie et de secours pour assurer le remplacement momentané de sapeurs-pompiers professionnels ou pour exercer des fonctions correspondant à un besoin lié à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité* »⁵⁶². Néanmoins seuls « *les sapeurs-pompiers volontaires peuvent être recrutés par contrat à cette fin* », ces derniers bénéficiant des mêmes dispositions législatives et réglementaires fixant le régime de protection sociale applicables aux personnels relevant des cadres d'emplois de sapeurs-pompiers professionnels.

105 – La répétition d'un besoin temporaire

Deux motifs viennent justifier le recrutement d'agents non titulaires sur un emploi non permanent. Ces derniers doivent découler d'un besoin temporaire de l'administration, en termes d'accroissement temporaire d'activité ou saisonnier. Néanmoins, la répétition d'un besoin temporaire pose de nombreuses problématiques et certains abus peuvent apparaître. Le

⁵⁶⁰ CE, 14 octobre 2009, *Masson c/ Région Provence-Alpes-Côte-d'Azur*, n° 314722, *Recueil Lebon T.* p 796 ; *AJDA* : 2009, p 1923 : « *Considérant, toutefois, que l'existence, ou l'absence, du caractère permanent d'un emploi doit s'apprécier au regard de la nature du besoin auquel répond cet emploi et ne saurait résulter de la seule durée pendant laquelle il est occupé* ».

⁵⁶¹ CE, 4 mai 2011, *Mme Prod'homme*, n° 318644, *Recueil Lebon T.* ; *AJDA* : 2011, p 932 ; *AJCT* : 2011, p 529, obs. L. Derridj : « *Considérant qu'en se bornant à constater que le nombre de vacances effectuées par Mme B...qui variait d'un mois sur l'autre et l'absence de pièces relatives aux conditions d'emploi et aux modalités de rémunération de l'exposante ne permettaient pas de regarder ces vacances comme équivalentes à un emploi permanent, sans rechercher si, d'une part, les fonctions qu'occupait Mme B...correspondaient à un besoin permanent de la ville de Fourmies et, d'autre part, si celle-ci, en faisant appel de manière constante au même agent, n'avait pas en fait instauré avec Mme B...un lien contractuel qui présente les caractéristiques énoncées à l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984* ».

⁵⁶² Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, *JORF* : 27 janvier 1984, article 3-6.

caractère temporaire, « *qui ne dure qu'un temps limité*⁵⁶³ » se heurte à la répétition : la « *réitération d'une même action ; retour d'un même fait*⁵⁶⁴ ». Toutefois, la réitération d'un besoin durant la même période, chaque année, ne constitue pas pour autant la permanence d'un emploi, qui demeure temporaire et dont le besoin est limité dans le temps. Afin de contenir les abus et les confusions, l'intervention jurisprudentielle s'avère essentielle. Le manque de clarté et la persistance d'une certaine ambiguïté, malgré les dispositions législatives, sont ainsi propices à des comportements parfois abusifs, plaçant l'agent dans une situation non protégée.

2 - *L'agent non titulaire recruté pour un emploi permanent*

106 – Les dispositions communes aux trois fonctions publiques quant au recrutement d'agents non titulaires sur un emploi permanent

Cela a été indiqué, l'agent non titulaire peut également être recruté pour un emploi permanent. Les recours et leur motivation sont harmonisés dans les trois versants de la fonction publique, qui regroupent des dispositions quasi identiques. La loi portant sur la fonction publique d'État, par exemple, énonce différentes dérogations⁵⁶⁵. Ainsi, les premières dérogations permettant le recrutement d'agent non titulaires sur des emplois permanents sont ainsi constituées par une absence de corps de fonctionnaires afin d'assurer les fonctions, mais aussi concernant les emplois de catégorie A lorsque la nature des fonctions ou les besoins peuvent le justifier⁵⁶⁶. À côté de ces deux premières « entorses » au principe, une autre exception peut être relevée : le remplacement d'un fonctionnaire⁵⁶⁷. Les raisons justifiant d'un remplacement sont diverses : « *en raison d'un congé annuel, d'un congé de maladie* », ou encore « *d'un congé de maternité ou pour adoption* ». Le contrat sera conclu pour une durée déterminée, renouvelable par décision expresse dans la limite de la durée de l'absence du fonctionnaire ou de l'agent contractuel à remplacer. La vacance d'emploi s'avère également figurer sur la liste des exceptions permettant le recrutement d'un agent non titulaire sur un

⁵⁶³ www.larousse.fr

⁵⁶⁴ *Ibid.*

⁵⁶⁵ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 12 janvier 1984

⁵⁶⁶ *Ibid.*, article 4 : « *lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes ; Pour les emplois du niveau de la catégorie A et, dans les représentations de l'État à l'étranger, des autres catégories, lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient* ».

⁵⁶⁷ *Ibid.*, article 6 quater : « *Les remplacements de fonctionnaires occupant les emplois permanents de l'État, dans la mesure où ils correspondent à un besoin prévisible et constant, doivent être assurés en faisant appel à d'autres fonctionnaires* ». L'article se poursuit toutefois en énonçant l'exception : « *Des agents contractuels peuvent être recrutés pour assurer le remplacement momentané de fonctionnaires ou d'agents contractuels autorisés à exercer leurs fonctions à temps partiel ou indisponibles* ».

emploi permanent⁵⁶⁸. La durée du contrat pourra être prolongée, dans la limite d'une durée totale de deux ans, « *lorsque, au terme de la durée fixée, la procédure de recrutement pour pourvoir l'emploi par un fonctionnaire n'a pu aboutir* ». Enfin, la loi du 11 janvier 1984 vise un dernier cas de recrutement : les emplois permanents à temps non complet⁵⁶⁹.

107 – Les dispositions spécifiques des trois fonctions publiques quant au recrutement d'agents non titulaires sur un emploi permanent

Des précisions et particularités propres aux trois fonctions publiques peuvent être relevées. Dès la lecture de la loi du 11 janvier 1984, la loi évoque par exemple une exception propre à la fonction publique d'État dans son article 5 en précisant que : « *des emplois permanents à temps complet d'enseignants-chercheurs des établissements d'enseignement supérieur et de recherche peuvent être occupés par des personnels associés ou invités n'ayant pas le statut de fonctionnaire* ». Ainsi les emplois permanents de l'État ne sont pas nécessairement occupés par des fonctionnaires, concernant par exemple « *les emplois occupés par les assistants d'éducation, les maîtres d'internat et les surveillants d'externat des établissements d'enseignement* ».

Concernant la fonction publique territoriale également certaines précisions spécifiques au versant peuvent être mentionnées. Par exemple, dans les communes de moins de 1 000 habitants et dans les groupements de communes dont le nombre d'habitants ne dépasse pas un seuil donné, des contrats peuvent être conclus pour pourvoir l'emploi de secrétaire de mairie quelle que soit la durée du temps de travail⁵⁷⁰. La loi prend également en considération l'hypothèse où un recrutement peut permettre de pourvoir des emplois dont la création ou la suppression dépend d'une autre autorité. Ainsi concernant les communes de moins de 2 000 habitants et les groupements de communes de moins de 10 000 habitants, la collectivité pourra pourvoir à un emploi par un agent non titulaire lorsque la création ou la suppression de

⁵⁶⁸ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 12 janvier 1984, article 6 quinquies : « *Pour les besoins de continuité du service, des agents contractuels peuvent être recrutés pour faire face à une vacance temporaire d'emploi dans l'attente du recrutement d'un fonctionnaire* ».

⁵⁶⁹ *Ibid.*, article 6 : « *les fonctions qui, correspondant à un besoin permanent, impliquent un service à temps incomplet d'une durée n'excédant pas 70 % d'un service à temps complet, sont assurées par des agents contractuels* ».

⁵⁷⁰ Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, *JORF* : 27 janvier 1984, article 3-3 : « *pour les emplois de secrétaire de mairie des communes de moins de 1 000 habitants et de secrétaire des groupements composés de communes dont la population moyenne est inférieure à ce seuil* », « *des emplois permanents peuvent être occupés de manière permanente par des agents contractuels* »

cet emploi dépend de la décision d'une autorité qui s'impose à la collectivité en matière de création, de modification de périmètre ou encore de suppression d'un service public⁵⁷¹.

Enfin, le versant hospitalier de la fonction publique prévoit une exception concernant les Directeurs d'établissement. Toutefois, l'accès des non-fonctionnaires à ces emplois n'entraîne pas leur titularisation dans l'un des corps ou emplois de fonctionnaires, et les nominations à ces emplois ne sont pas définitives mais révocables, qu'elles concernent des fonctionnaires ou des non-fonctionnaires⁵⁷².

108 – Une exception régulée par la jurisprudence

La jurisprudence apparaît encore en autorité régulatrice et permet de contenir et réprimer les comportements abusifs en matière de recrutement d'agents non titulaires sur des emplois permanents, mais elle apporte surtout des précisions quant à l'application concrète des dispositions applicables en matière de recrutement. Cependant, la jurisprudence met également en avant les difficultés que ces cas de recours diversifiés provoquent : une hétérogénéité et un certain défaut de cohérence dans l'articulation de ces derniers. La jurisprudence rappelle ainsi les exigences découlant des recours aux agents non titulaires, par exemple les règles tenant à la publication des emplois vacants. Cependant, l'importance de l'éclairage des juges se justifie par une hétérogénéité forte et une liste d'exception relativement longue. Si le nombre important de cas de recours permet de combler de façon variée les besoins tout aussi diversifiés et sert ainsi une anticipation *a priori* optimale, la diversité est aussi source de confusion. Une des premières difficultés provient, par exemple, de la juxtaposition de certains recours similaires et ainsi des exigences dont les administrations doivent s'acquitter.

Ainsi, concernant la vacance d'emploi, un problème a été soulevé devant le Conseil d'État : à savoir si l'on pouvait recourir temporairement à 25 agents contractuels dans le cadre de la mise en œuvre du plan gouvernemental de lutte contre l'encéphalopathie spongiforme bovine.

⁵⁷¹ Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, *JORF* : 27 janvier 1984, article 3-3 : « pour les emplois des communes de moins de 2 000 habitants et des groupements de communes de moins de 10 000 habitants dont la création ou la suppression dépend de la décision d'une autorité qui s'impose à la collectivité ou à l'établissement en matière de création, de changement de périmètre ou de suppression d'un service public »

⁵⁷² Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, *JORF* : 11 janvier 1986, article 3 : « par dérogation à l'article 3 du titre Ier du statut général des fonctionnaires et à l'article L. 6143-7-2 du code de la santé publique, des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire peuvent être nommées sur les emplois de directeur des établissements mentionnés à l'article 2 : par le directeur général de l'agence régionale de santé pour les établissements mentionnés aux 1°, 3° et 5° de l'article 2, à l'exception des centres hospitaliers universitaires ; par le représentant de l'État dans le département pour les établissements mentionnés ».

Sur cette question, le Conseil d'État dans un arrêt du 20 novembre 2002⁵⁷³ décida « *qu'en égard à l'urgence* », « *aux délais nécessités par l'organisation des concours de recrutement des médecins inspecteurs de santé publique et à la circonstance que 10 % des emplois de médecins inspecteurs de santé publique étaient à l'époque vacants* », le recours à 25 agents contractuels était justifié.

Les règles relatives à la publication des vacances d'emplois doivent être respectées et seront examinées par le juge administratif. Ainsi, le fait qu'une délibération ne rappelle pas et n'explique pas la nature des fonctions et les besoins des services justifiant le recrutement d'agents contractuels, « *ne l'entache pas d'irrégularité* »⁵⁷⁴. En matière de recrutement d'agent contractuel en absence de corps ou cadre d'emplois de fonctionnaires susceptible d'assurer les fonctions correspondante, le Conseil d'État a décidé, qu'un emploi « *d'ingénieur développement contractuel assimilé à ingénieur en chef territorial* » et un emploi « *d'ingénieur système contractuel assimilé à ingénieur en chef de 1^{re} catégorie* » créé par le conseil général de l'Essonne à l'occasion de la modernisation de son système informatique a, compte tenu de la nature des fonctions qui devaient ainsi être exercées, répondu aux besoins des services du département⁵⁷⁵. Toutefois, au contraire, l'existence du cadre d'emplois des attachés territoriaux correspondants interdit à un président d'un syndicat intercommunal de recruter par contrat un analyste programmeur⁵⁷⁶.

Concernant à nouveau les emplois de catégorie A dont la nature et les besoins justifient le recours à un agent contractuel afin d'occuper un emploi permanent, le Conseil d'État dans un arrêt du 29 décembre 1995⁵⁷⁷ démontre qu'il convient d'examiner et d'apporter une attention particulière au respect des dispositions législatives et à l'appréciation de la nature et des besoins justifiant le recours. Le recrutement de contractuels du niveau de la catégorie A doit être justifié par la nature des fonctions ou les besoins du service mais n'est pas subordonné à l'absence d'un corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes⁵⁷⁸. Relativement aux emplois permanents à temps non complet, il n'est pas permis de recruter des agents contractuels en CDI sur des emplois permanents à temps complet dans les communes,

⁵⁷³ CE, 20 novembre 2002, *Syndicat des médecins inspecteurs de santé publique*, n° 240505 ; AJDA : 2003, p 694

⁵⁷⁴ CAA Bordeaux, 7 mars 2011, *Syndicat INTER 87 / Fédération Syndicale Unitaire*, n°09BX03011, AJDA : 2011, p 1398

⁵⁷⁵ CE, 27 février 1995, *Préfet de l'Essonne*, n° 150631, *Recueil Lebon* p 113 ; RFDA : 1995, p 417 ; AJDA : 1995, p 180

⁵⁷⁶ TA, Paris, 8 février 1990, *Préfet du Val-de-Marne c. Synd. Intercommunal du centre informatique d'Orly*

⁵⁷⁷ CE, 29 décembre 1995, *Préfet de l'Essonne*, n° 150631, *Recueil Lebon* p 113 ; RFDA : 1995, p 417 ; AJDA : 1995, p 180

⁵⁷⁸ CE, 29 décembre 1995, *Préfet de l'Essonne*, n° 150631, *Recueil Lebon* p 113 ; RFDA : 1995, p 417 ; AJDA : 1995, p 180 : « *Considérant, d'une part, qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 4 de la loi du 11 janvier 1984 que le recrutement de contractuels du niveau de la catégorie A doit être justifié par la nature des fonctions ou les besoins du service mais n'est pas subordonné à l'absence d'un corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes* ».

or l'exception des communes de moins de 1 000 habitants et dans les groupements de communes dont la moyenne arithmétique des nombres d'habitants ne dépasse pas ce seuil, ainsi le tribunal administratif décida que le recrutement de 18 médecins contractuels en CDI destinés à être affectés dans un centre médico-social était illégal⁵⁷⁹.

L'hétérogénéité caractérisant la situation de l'agent non titulaire apparaît comme un facteur de précarité. Il convient désormais d'étudier une autre caractéristique posant des difficultés à l'agent non titulaire : son caractère hybride.

2 § – Une hybridation caractérisant l'agent non titulaire

La notion d'agent non titulaire et l'étude des différentes situations de ces derniers démontrent une hybridation forte des agents, mêlant droit du travail et droit de la fonction publique. L'influence statutaire, malgré le support contractuel, est forte et se retrouve de diverses façons : dans l'extension des règles statutaires aux agents non titulaires, dans l'encadrement et la limitation de la liberté contractuelle ou encore dans les décisions jurisprudentielles (A). Ainsi le principe statutaire ayant faveur en droit de la fonction publique perdure malgré la convention, et le métissage entre les deux approches s'accroît avec ambiguïté. Les emprunts au droit du travail s'avèrent également variés. Le droit du travail se retrouve dans l'introduction de certains contrats de recrutement, comme en matière de travail temporaire ; cependant, les emprunts s'identifient surtout dans la présence de contrats de recrutement de droit privé comme le contrat d'accompagnement ou le contrat d'avenir. Enfin, les échanges avec le droit du travail et le droit privé en général se manifestent par les interactions entre les juridictions administratives et judiciaires (B).

A – L'influence statutaire dans le régime de l'agent contractuel

L'influence statutaire est, malgré le support contractuel et le recrutement *via* la convention, très forte dans la situation de l'agent contractuel. Cette attraction se démontre de deux manières : d'une part, par l'extension des règles statutaires vers l'agent contractuel (1). Cette extension est progressive : on constate que les règles prévues pour les agents titulaires s'appliquent désormais en matière de non titulariat. D'autre part, l'influence statutaire se démontre également par la limitation du champ contractuel (2). En effet, bien que l'agent soit recruté par contrat, la liberté contractuelle de ce dernier comme de l'employeur public s'avère contenue par les dispositions statutaires.

⁵⁷⁹ TA, Paris, 26 juin 2000, *Préfet de Seine-Saint-Denis*

109 - La soumission de l'agent non titulaire aux règles statutaires

Durant l'étude des différentes notions et situations regroupées autour de « l'agent non titulaire », un élément apparaît clairement : l'agent non titulaire de droit public, contractuel par exemple, est soumis principalement à des règles statutaires malgré le caractère initialement contractuel de sa relation de travail. La diversité des agents non titulaires démontre même que certains agents, comme les auxiliaires par exemple sont soumis à des règles statutaires et se retrouvent dans une situation légale et réglementaire. En absence de précision, on pourra, de plus, se référer au statut encadrant les fonctionnaires et appliquer ce dernier aux agents non titulaires. Il convient de s'attarder davantage sur l'agent contractuel de droit public. Le contrat conclu entre l'agent contractuel et l'administration contient un nombre important de clauses réglementaires et ces dernières viennent museler la liberté contractuelle de l'agent. Tous ces éléments précédemment constatés démontrent une influence statutaire forte, que l'on ne saurait mesurer dans la simple énonciation d'agent contractuel qui présage une influence davantage, voire exclusivement, contractuelle. Un effet attractif menant l'agent non titulaire vers le tituliariat peut d'ores et déjà être démontré par la voie simplifiée, ou les passerelles prévues afin d'accéder au statut d'agent titulaire⁵⁸⁰. Un accès au concours spécifique, comme les concours internes, ou encore les plans de titularisation permettent de démontrer l'attraction du fonctionariat. Bien que ces exemples démontrent une influence statutaire, il convient de s'intéresser davantage à la persistance, l'immixtion ou encore la préférence exercée par la logique statutaire sur le contrat de l'agent contractuel.

Plusieurs éléments permettent d'identifier l'influence statutaire dans la situation de l'agent contractuel de droit public : tout d'abord, cette dernière se caractérise par l'extension des règles statutaires vers l'agent contractuel⁵⁸¹. En effet, progressivement, certaines règles propres aux agents titulaires se sont vues appliquer aux agents contractuels, dans différents domaines : mobilité, évaluation, reclassement, représentation etc... La loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007, étudiée auparavant, a étendu aux agents contractuels les règles statutaires en matière de formation professionnelle et de cumul d'activité. La loi portant sur la rénovation du dialogue social de 2010 étend également certaines dispositions vers l'agent contractuel : un renforcement de la participation des agents

⁵⁸⁰ MONIOLLE (Carole), « L'effet attractif du fonctionariat sur la situation des agents non titulaires », in : *AJDA*, 2001, p 2395.

⁵⁸¹ *Ibid.*

non titulaires au sein des instances collectives, par exemple. Le rapprochement de l'agent non titulaire du fonctionnaire s'effectue ainsi progressivement et sur différents fronts. Au fur et à mesure, l'agent contractuel de droit public semble perdre son costume de « travailleur clandestin », qui ne serait que de passage et qui ne dispose en conséquence que de peu de droits, au profit de celui d'un véritable agent de la fonction publique bénéficiant de droits similaires à ceux des agents titulaires.

Toutefois si le cloisonnement entre titulaire et non-titulaire semble céder sur différents points, de nombreuses différences et distinctions fondamentales persistent et l'intervention du législateur ne pourra satisfaire aux demandes de précisions et d'ajustements. Ainsi, comme en matière de reclassement par exemple, l'intervention du juge s'avèrera fondamentale afin de garantir droits et protection à l'agent contractuel et la jurisprudence participera également à l'extension des règles statutaires vers les non titulaires.

Enfin, l'influence statutaire et l'élargissement du champ des personnes visées par les règles statutaires se démontrent, par exemple, dans la fonction publique d'État, dans un premier temps, avec le décret du 21 mars 2014 modifiant le décret du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'État⁵⁸². En effet, ce dernier apporte des modifications importantes au décret de 1986 et étend les règles relatives aux fonctionnaires aux agents non titulaires. Le décret prévoit notamment d'organiser « *une portabilité des droits des agents contractuels liés à des conditions d'ancienneté à l'occasion d'une mobilité* ». Le décret de mars 2014 étend également l'entretien d'évaluation annuel aux agents contractuels⁵⁸³. Et enfin, le décret prévoit de « *compléter les mentions obligatoires liées à la rédaction du contrat* ».

110 – Une attraction vers les règles statutaires renforcée en 2014

Poursuivant la volonté affichée dès le mois de mars quant à l'application de règles similaires aux fonctionnaires d'État aux agents contractuels, le décret du 3 novembre 2014 modifiant le décret du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents

⁵⁸² Décret n° 2014-364 du 21 mars 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 23 mars 2014, n° 0070, texte n° 16

⁵⁸³ Décret n° 2014-364 du 21 mars 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 23 mars 2014, n° 0070, texte n° 16, article 1-4 : « *les agents recrutés pour répondre à un besoin permanent par contrat à durée indéterminée ou par contrat à durée déterminée d'une durée supérieure à un an bénéficient chaque année d'un entretien professionnel* ».

contractuels de l'État⁵⁸⁴ s'avère encore plus démonstratif⁵⁸⁵. Le décret de novembre 2014 introduit une procédure de reclassement, en étendant les compétences des commissions consultatives paritaires ou encore en dépossédant l'espace contractuel en introduisant diverses dispositions statutaires. Ainsi, suite à de nombreuses interventions jurisprudentielles, une procédure de reclassement est instaurée⁵⁸⁶. Le reclassement est envisagé selon une procédure similaire aux agents titulaires pour les « *agents recrutés pour des besoins permanents par contrat à durée indéterminée ou par contrat à durée déterminée lorsque le terme de celui-ci est postérieur à la date à laquelle la demande de reclassement est formulée* ». Le décret de novembre 2014 s'attache également à expliciter et encadrer les procédures découlant du licenciement de l'agent contractuel. Il est précisé, notamment, que l'agent bénéficie d'un droit à la communication de son dossier en cas de licenciement pour insuffisance professionnelle. De plus, les motifs du licenciement autres que l'inaptitude physique, l'insuffisance professionnelle ou pour faute disciplinaire, sont énumérés limitativement⁵⁸⁷. Une procédure similaire au droit du travail est instaurée, avec notamment l'obligation de convoquer l'agent contractuel à un entretien préalable au licenciement. Toutefois, dans cette procédure la commission consultative paritaire voit ses pouvoirs de contrôle étendus puisqu'elle doit être consultée lorsque l'administration souhaite licencier un agent et contrôler, avant l'entretien préalable, qu'il n'y a pas d'entraves syndicales si l'agent siège au sein d'un organisme consultatif ou encore si ce dernier a obtenu « *au cours des douze mois précédent ce licenciement une autorisation spéciale d'absence* ».

Mais ce qui suscite le plus de questionnements dans les dispositions du décret porte sur le recadrage de l'espace contractuel à travers des précisions apportées qui auraient pu intervenir contractuellement. Il s'agit ainsi d'un « *renforcement du champ statutaire*⁵⁸⁸ », que l'on

⁵⁸⁴ Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 5 novembre 2014, n°0256

⁵⁸⁵ MONIOLLE (Carole), « Un renforcement des droits et de la logique statutaire des contractuels de l'État », in : *AJDA*, 2015, p 239

⁵⁸⁶ Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 5 novembre 2014, n°0256, article 6 : « à l'issue d'un congé de maladie, de grave maladie, d'accident du travail, de maladie professionnelle ou de maternité, de paternité ou d'adoption » et « lorsqu'il a été médicalement constaté par le médecin agréé qu'un agent se trouve, de manière définitive, atteint d'une inaptitude physique à occuper son emploi ».

⁵⁸⁷ *Ibid.*, article 11 : « le licenciement d'un agent contractuel recruté pour répondre à un besoin permanent doit être justifié par l'un des motifs suivants : La suppression du besoin ou de l'emploi qui a justifié le recrutement de l'agent ; La transformation du besoin ou de l'emploi qui a justifié le recrutement, lorsque l'adaptation de l'agent au nouveau besoin n'est pas possible ; Le recrutement d'un fonctionnaire lorsqu'il s'agit de pourvoir un emploi soumis à la règle énoncée à l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée ; Le refus par l'agent d'une modification d'un élément substantiel du contrat proposée dans les conditions prévus à l'article 45-4 ; L'impossibilité de réemploi de l'agent, dans les conditions prévues à l'article 32, à l'issue d'un congé sans rémunération »

⁵⁸⁸ MONIOLLE (Carole), « Un renforcement des droits et de la logique statutaire des contractuels de l'État », *loc. cit.*

retrouve à travers les dispositions portant sur la rémunération et la période d'essai. L'influence statutaire est ainsi très forte sur la situation des agents contractuels au point que l'insertion progressive de dispositions statutaires semble limiter et encadrer le contrat.

2 – Une dimension contractuelle contenue

111 – La limitation de l'espace contractuel

L'influence statutaire se démontre aisément dans l'extension de diverses dispositions statutaires aux agents contractuels ; toutefois l'attraction statutaire se découvre également par une certaine restriction de la dimension contractuelle. Ces constatations alimentent nécessairement des questionnements quant à l'intérêt de recruter par la voie contractuelle, si peu des possibilités et avantages propres au contrat ne peuvent être mis en œuvre. La liberté contractuelle, la souplesse et la flexibilité contractuelle apparaissent comme des vertus éphémères, disparaissant lorsque l'agent prend ses fonctions.

Divers exemples peuvent témoigner de cette restriction de l'espace contractuel dans les relations, quelque peu dominées par la logique statutaire. Tout d'abord, ainsi que cela a été brièvement évoqué auparavant, les dispositions contractuelles présentent « *une faible spécificité*⁵⁸⁹ », alors que la liberté contractuelle s'avère quelque peu maintenue, principalement lorsqu'on se heurte à des dispositions réglementaires d'ordre public. Divers exemples peuvent être apportés : ainsi, comme cela a été évoqué précédemment en matière de rémunération, l'agent ne pourra pas invoquer une clause contractuelle quant au maintien de sa rémunération si cette dernière est fixée et modifiée par la voie réglementaire. Cela est similaire concernant le changement de catégorie comme le démontre l'arrêt du Conseil d'État du 16 octobre 1989⁵⁹⁰. En matière d'indemnité de licenciement, le Conseil d'État écarta tout calcul ou modalités s'affranchissant des dispositions réglementaires, notamment dans un arrêt du 1^{er} octobre 2001⁵⁹¹. Il en va de même concernant les indemnités de précarité, dues lorsque le contrat à durée déterminée arrive à son terme. Ainsi, aucune indemnité de précarité ne peut

⁵⁸⁹ MONIOLLE (Carole), « L'effet attractif du fonctionariat sur la situation des agents non titulaires », *loc. cit.*

⁵⁹⁰ CE, 16 octobre 1989, *Mlle Dijon*, n° 71885, *Recueil Lebon* p 764 : « *en dépit du contrat qui la régit et qui lui a été consenti à l'origine dans des conditions illégales, Mlle X... a droit à être classée dans des conditions conformes aux dispositions réglementaires arrêtées à cet effet et applicables au poste qu'elle occupe* ».

⁵⁹¹ CE, 1^{er} octobre 2001, *Commune des Angles, Régie autonome des sports et loisirs de la commune des Angles*, n° 221037, *Recueil Lebon tables* p 793 et p 1025, concl. F. Seners : « *Considérant enfin que les modalités de calcul et de paiement de l'indemnité éventuellement due, en cas de licenciement, aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale sont définies par les articles 45 à 49 du décret du 15 février 1988 ; que ces dispositions présentant un caractère d'ordre public, une collectivité territoriale ne saurait légalement s'en écarter en concluant avec un agent licencié une transaction comportant des modalités différentes ; que, par suite, les requérantes ne sont pas fondées à soutenir que l'arrêt attaqué serait sur ce point entaché d'une erreur de droit* ».

être envisagée si cette dernière n'est pas prévue par les textes⁵⁹². Toutefois, un certain étonnement provient du fait que ces décisions ne sont pas seulement contraignantes pour l'agent contractuel, mais également pour l'administration qui se retrouve bien souvent dans une situation paraissant « muselée », enchaînée par les dispositions réglementaires sans possibilité d'adapter ses besoins ou de limiter ses contributions par la voie contractuelle. Il semble y avoir une totale absence de liberté contractuelle, les deux parties en étant dépourvues. Néanmoins, l'agent contractuel peut tirer profit de ces situations puisque les dispositions réglementaires peuvent s'avérer plus protectrices, bien que ce dernier ne puisse pas incorporer les dispositions réglementaires dans son contrat afin de les opposer par la suite lorsque des changements se produisent, invoquant ainsi une modification contractuelle. Les modifications statutaires s'appliquent ainsi automatiquement aux parties. Cet élément est également très démonstratif puisqu'il s'agit bien de contenir la liberté contractuelle, ne laissant aucune place à l'anticipation propre à la convention.

112 – L'assimilation du contrat à un acte unilatéral

Cette logique statutaire conjuguée à la limitation du champ contractuel se retrouve également dans l'assimilation du contrat à un acte unilatéral résultant de la jurisprudence. Une certaine « *neutralisation de la dimension contractuelle* » s'explique, pour Carole Moniolle, par l'assimilation du contrat liant l'agent à l'administration « *à un acte unilatéral à travers la théorie des actes créateurs de droit* »⁵⁹³. La jurisprudence *Cavallo* du 31 décembre 2008⁵⁹⁴ retint ainsi une solution perçue comme une manifestation de l'assimilation du contrat à un acte unilatéral. L'arrêt étonna et suscita l'intérêt puisque le contrat est assimilé à un acte créateur de droit, puisque ce dernier « *crée des droits au profit* » de l'agent contractuel, et précise qu'un contrat ne peut être retiré qu'en cas d'irrégularité constituée d'un « *caractère fictif et frauduleux* ». Diverses conséquences s'inscrivent ainsi dans l'énoncé d'une telle

⁵⁹² CE 13 janvier 1995, *Granero*, n° 147235, *Recueil Lebon* p 25 : « *Considérant, d'autre part, que ni le décret du 15 février 1988 relatif aux agents non-titulaires de la fonction publique territoriale, ni aucune autre disposition législative ou réglementaire ne prévoient le versement d'une indemnité aux agents publics dont le contrat, d'une durée déterminée, a atteint le terme fixé* ».

⁵⁹³ MONIOLLE (Carole), « L'effet attractif du fonctionariat sur la situation des agents non titulaires », *loc. cit.*

⁵⁹⁴ CE, 31 décembre 2008, *Cavallo*, n° 283256, *Recueil Lebon* p 481, concl. E. Glaser ; *AJDA* : 2009, p 5 ; *AJDA* : 2009, p 142, chron. S.-J. Lieber, D. Botteghi ; *AJFP* : 2009, p 153, note G. Galley ; *RFDA* : 2009, p 89, concl. E. Glaser : « *Considérant, en premier lieu, que, sauf s'il présente un caractère fictif ou frauduleux, le contrat de recrutement d'un agent contractuel de droit public crée des droits au profit de celui-ci ; que, lorsque le contrat est entaché d'une irrégularité, notamment parce qu'il méconnaît une disposition législative ou réglementaire applicable à la catégorie d'agents dont relève l'agent contractuel en cause, l'administration est tenue de proposer à celui-ci une régularisation de son contrat afin que son exécution puisse se poursuivre régulièrement* ». Toutefois, « *si le contrat ne peut être régularisé, il appartient à l'administration, dans la limite des droits résultant du contrat initial, de proposer à l'agent un emploi de niveau équivalent, ou, à défaut d'un tel emploi et si l'intéressé le demande, tout autre emploi, afin de régulariser sa situation* ». Le cas échéant, « *si l'intéressé refuse la régularisation de son contrat ou si la régularisation de sa situation, dans les conditions précisées ci-dessus, est impossible, l'administration est tenue de le licencier* ».

décision : cette dernière démontre bien, d'une part, une certaine assimilation du contrat à l'acte administratif unilatéral puisque la convention, dépourvue de spécificités marquantes, ne se différencie guère d'un acte administratif unilatéral, ainsi les règles quant au retrait s'appliquent également au contrat de recrutement d'un agent contractuel. D'autre part, l'arrêt semble ainsi s'émanciper des règles relatives à la nullité des contrats administratifs, faisant du contrat de recrutement une convention particulière relevant davantage du champ de l'acte administratif unilatéral que de l'espace contractuel développé en droit administratif.

Enfin, le dernier élément démonstratif d'une influence statutaire privilégiée face à un domaine contractuel contenu réside dans la contestation du contrat, avec la reconnaissance du déféré préfectoral et l'ouverture d'un recours au tiers afin de contester un contrat de recrutement.

Si une première forme d'hybridation a pu être relevée dans la présence forte de dispositions statutaires, une autre forme de métissage semble également donner toute sa complexité à l'agent contractuel : l'influence du droit du travail.

B - L'influence du droit du travail

L'agent non titulaire, plus précisément l'agent contractuel, se distingue par une forte hybridation. Il est soumis à des règles statutaires bien qu'il soit recruté par la voie contractuelle ; il est parfois un agent de droit public mais il peut être aussi un agent de droit privé. L'influence du droit du travail se retrouve ainsi à travers l'insertion de contrats de droit privé et les emprunts de certains mécanismes introduisant des agents non titulaires de droit privé dans l'administration (1). Néanmoins l'influence du droit du travail, à côté du droit de la fonction publique, se retrouve également dans l'interaction constante des juridictions administratives et judiciaires (2).

1 - Une cohabitation avec le droit du travail : la présence d'agents contractuels de droit privé

113 – Les exemples du travail temporaire et des contrats aidés

L'agent non titulaire de droit privé présente une définition similaire à l'agent non titulaire de droit public, à la grande différence que ce dernier est soumis aux règles du droit commun du travail, dont la compétence relève en principe de la juridiction judiciaire. Depuis la jurisprudence *Berkani* qui énonçait que les agents travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif étaient des agents non titulaires de droit public, *a contrario* on distinguait ainsi les agents travaillant pour le compte d'un service public industriel et commercial, qui étaient des agents non titulaires de droit privé. Toutefois l'influence du droit

du travail, dont l'offre contractuelle est plus que déployée, ne se démontre pas par la seule soumission des agents de droit privé aux règles du droit commun du travail, mais par les emprunts et les insertions de contrats comme le travail temporaire, le contrat d'accompagnement ou encore le contrat d'avenir dans la fonction publique. La catégorie d'agent non titulaire est encore plus complexe puisqu'elle regroupe des situations « éclatées » et hétérogènes d'agents non titulaires de droit public, mais également une autre sous-catégorie d'agents non titulaires de droit privé, ce qui accentue cette impression de catégorie « générique » qui ne se distingue que par ce qu'elle ne regroupe pas : des agents titulaires.

La loi du 3 Août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, intègre le travail intérimaire⁵⁹⁵. Faisant un renvoi direct au code du travail, l'introduction du travail temporaire dans la fonction publique reprend le mécanisme « travailliste », même dans les dispositions désormais propres aux employeurs publics, les interdictions ou limitations des cas de recours apparaissent bien semblables. Toutefois, si le salarié mis à disposition par une entreprise de travail temporaire est bien un agent non titulaire de droit privé le temps de sa mission, les litiges l'opposant à l'administration seront de la compétence de la juridiction administrative. En effet, concernant les emprunts du droit du travail opérés par le droit de la fonction publique, la pratique en droit privé semble avoir été prise en compte. Ainsi en droit du travail, le salarié mis à disposition poursuivant son activité au-delà de sa mission sera réputé lié à l'entreprise privée par le contrat de droit commun : un contrat à durée indéterminée. Dans la fonction publique, l'article 21 de la loi de 2009 prévoit également que dans le cas où la personne morale de droit public emploie un salarié après la fin de sa mission sans nouveau contrat ou un autre contrat de mission, le salarié sera réputé lié à la personne publique par un contrat à durée déterminée de trois ans, dont l'ancienneté sera à prendre en compte dès le premier jour de la mission. Il s'agit ainsi d'un emprunt démontrant l'influence du droit du travail, dont les réponses existantes intéressent l'administration qui n'hésitera pas à les appliquer, en anticipant également les problématiques déployées par la pratique dans la sphère privée.

Toutefois, la reconnaissance du travail temporaire dans la fonction publique n'a pas été véritablement introduite par la loi de 2009, puisque dans les collectivités territoriales, par exemple, la jurisprudence avait déjà accepté le mécanisme. Ainsi, dans un arrêt du Conseil

⁵⁹⁵ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 12 janvier 1984, *JORF* : 12 janvier 1984, p 271, article 3 bis : « *Les administrations de l'État et les établissements publics de l'État peuvent avoir recours aux services des entreprises mentionnées à l'article L. 1251-1 du code du travail dans les conditions prévues au chapitre Ier du titre V du livre II de la première partie du même code, sous réserve des dispositions prévues à la section 6 de ce chapitre* ».

d'État du 18 janvier 1980, il était décidé que, dans des situations exceptionnelles, les collectivités territoriales pouvaient recourir au personnel des entreprises de travail temporaire⁵⁹⁶. Les dispositions de la loi du 3 Août 2009 ouvrent ainsi de plus larges possibilités au travail intérimaire, non plus seulement justifiées par « *l'extrême urgence* », ce qui permet donc de généraliser le recours au travail temporaire dans les administrations.

La généralisation du travail temporaire pose question lorsqu'elle est étudiée en comparaison avec l'exemple britannique⁵⁹⁷. En effet, en Grande-Bretagne, des sociétés de travail temporaire se sont même spécialisées dans les missions dirigées vers la fonction publique. Ainsi, la généralisation du travail temporaire dans l'administration britannique entraîne une multiplication d'agents spécialisés dans l'intérim : par exemple, dans l'éducation avec des enseignants (*teaching personnel* ou de *timewise teachers*) originaires en partie des pays du Commonwealth. Ce qui pose question dans ces pratiques « poussées » du travail temporaire réside dans l'émergence d'une sous-fonction publique, ou du moins d'une fonction publique parallèle composée de salariés spécialisés mis à disposition par des entreprises de travail temporaire. Si les inquiétudes découlant de l'émergence d'une nouvelle fonction publique constituée de salariés intérimaires spécialisés s'estompent à la lecture des chiffres⁵⁹⁸, l'introduction de ce nouveau mécanisme soulève néanmoins une complexification comme un manque de cadre et de lisibilité. En effet, non seulement l'agent non titulaire de droit public regroupe des définitions et des situations éparses, mais un autre agent se juxtapose à ses côtés : l'agent non titulaire de droit privé, avec toutes ses caractéristiques, ses règles privatistes ou encore sa culture d'entreprise. Si le travail intérimaire apporte des solutions temporaires aux employeurs publics qui s'avèrent bien opportunes, une fois de plus l'ajout du mécanisme s'accompagne nécessairement d'une certaine complexification en termes de gestion pour l'employeur dont le « panel » de possibilités est fatalement accompagné d'un pendant gestionnaire quelque peu écrasant.

Les contrats aidés sont très instructifs puisqu'ils révèlent deux éléments caractéristiques de la situation des agents non titulaires. D'une part, le manque de cadre dont découle une certaine

⁵⁹⁶ CE, 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des Postes et télécommunications du Haut-Rhin*, n° 07636, *Recueil Lebon* p 30, *JCP* : 1980. II. 19450, note E. Zoller : « Toutefois lorsque des circonstances exceptionnelles, telles qu'une extrême urgence, rendent impossible ce mode de recrutement d'agent ayant un lien direct avec l'administration, celle-ci est, par dérogation au principe selon lequel l'exécution du service public administratif est confiée à des agents publics, autorisée à faire concourir à cette exécution un personnel approprié, fourni par une entreprise de travail temporaire, soumis aux prescriptions de l'article L 124. 1 du code du travail ».

⁵⁹⁷ TAILLEFAIT (Antony), « Le recours aux entreprises de travail temporaire par les collectivités territoriales », in : *AJ Collectivités Territoriales*, 2010, p 23

⁵⁹⁸ Dares Analyses : « Entre 2000 et 2012, forte hausse des embauches en contrats temporaires, mais stabilisation de la part des CDI dans l'emploi », juillet 2014, n°056 : en 2012, 11 000 salariés intérimaires sont mis à disposition dans la fonction publique, contre 492 000 dans le secteur privé.

complexification préalablement mentionnée : le contrat liant le salarié à l'administration est un contrat de droit privé, néanmoins la compétence juridictionnelle est dédoublée. Ainsi, le juge administratif est compétent, par exemple, lorsque le litige porte sur la légalité de la convention conclue entre l'État et l'employeur local, ou encore pour tirer les conséquences d'une éventuelle requalification du contrat lorsque celui-ci n'entre pas dans le champ des catégories d'emplois, d'employeurs ou de salariés déterminés par le code du travail. Toutefois, le juge judiciaire sera compétent lorsque le litige opposant le salarié et l'administration porte sur la rupture du contrat et ses conséquences en matière d'indemnisation par exemple. Cette double compétence démontre bien le manque de cadre et les superpositions de règles et de compétences obstruant la clarté au profit d'une situation plurielle pour un même salarié. D'autre part, ce qui s'avère constituer l'élément le plus révélateur réside dans la précarité du salarié bénéficiant d'un contrat aidé. Pour Emmanuel Aubin, « *les contrats aidés sont les contrats les plus précaires proposés par les employeurs publics locaux alors même que leur but est de lutter contre le chômage* »⁵⁹⁹. Les contrats aidés sont ainsi marqués d'une grande ambiguïté puisqu'ils visent à insérer des personnes en difficultés dans le monde du travail, à combattre le chômage en situation de difficulté et de crise, or ces derniers n'apportent que des solutions temporaires, instables et ainsi précaires aux bénéficiaires. Le contrat d'accompagnement dans l'emploi démontre parfaitement cet aspect précaire dans sa durée tout d'abord, mais surtout dans l'aspect hypothétique et dépourvu de mesures coercitives attendant à ses effets.

L'article 44 de la loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale⁶⁰⁰ modifie l'article L322-4-7 du code du travail en présentant le contrat d'accompagnement dans l'emploi et en énonçant son objet : « *faciliter l'insertion professionnelle des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières d'accès à l'emploi* », et précise que « *l'État peut conclure des contrats d'accompagnement dans l'emploi, avec les collectivités territoriales, les autres personnes morales de droit public, les organismes de droit privé à but non lucratif et les personnes morales chargées de la gestion d'un service public* ». Les modalités d'orientation et d'accompagnement professionnel seront ensuite organisées par une convention. La loi de 2005 le dispose ainsi clairement : le contrat de travail conclu en vertu de ces conventions « *est un contrat de droit privé à durée*

⁵⁹⁹ AUBIN (Emmanuel), « Les contrats précaires dans la fonction publique territoriale », In : AJ Collectivités Territoriales, 2011, p 552

⁶⁰⁰ Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, JORF : 19 janvier 2005, n°15, p 864

déterminée ». Des avantages et des éléments incitatifs pour l'employeur public, constituées par des exonérations (taxes, cotisations), sont également envisagés.

Toutefois, le dispositif a été modifié par la loi du 26 octobre 2012⁶⁰¹ portant création des emplois d'avenir. Les principales modifications s'axent autour de la suppression de la convention tripartite, remplacée désormais par une procédure administrative d'attribution de l'aide à l'insertion professionnelle. L'objet du contrat aidé demeure le même : faciliter l'insertion professionnelle des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières d'accès à l'emploi. Afin d'y parvenir, le contrat comporte des actions d'accompagnement professionnel, afin de développer l'expérience et les compétences du salarié à travers une mise en situation en milieu professionnel. Concernant l'aide à l'insertion professionnelle, sa durée ne pourra excéder le terme du contrat de travail. Néanmoins l'attribution de l'aide pourra être prolongée dans la limite d'une durée totale de 24 mois, des exceptions étant toutefois prévues. Le contrat d'accompagnement dans l'emploi pourra être suspendu sans que soit maintenue la rémunération du salarié ; dans ces conditions l'aide ne sera pas versée. Si la rémunération est maintenue durant la suspension, l'aide sera versée au *prorata* de la rémunération effectivement versée par l'employeur. Enfin, pendant la durée d'attribution de l'aide à l'insertion professionnelle, les titulaires d'un CUI-CAE ne sont pas pris en compte dans le calcul des effectifs de l'entreprise, excepté pour l'application des dispositions légales relatives à la tarification des risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles.

Les contrats aidés ont pour but et objectif sous-jacent de servir de « tremplin » à des salariés en difficulté, de les insérer dans le monde du travail en contrepartie d'avantages et de mesures incitatives spécifiques pour les employeurs, afin de leur permettre une intégration par la suite. Or ces contrats, bien que revêtant des éléments attractifs, ne sont pas souvent reconduits et sont envisagés par les administrations davantage comme un moyen de se pourvoir en personnel de façon temporaire et peu coûteuse. Certes, cela n'est pas toujours le cas, certains moyens étant mis en œuvre afin de permettre une intégration simplifiée et le contrat aidé pouvant parfois aboutir vers un nouveau contrat. Mais, pour Emmanuel Aubin le contrat d'accompagnement dans l'emploi « *incarne, à lui seul, la précarité des contrats d'emploi*

⁶⁰¹ Loi n° 2012-1189 du 26 octobre 2012 portant création des emplois d'avenir, *JORF* : 27 octobre 2012, n° 0251, p 16688

dans les collectivités territoriales et illustre l'ambiguïté de la participation des collectivités territoriales à cette politique sociale de première importance »⁶⁰².

2 – L'interaction entre les juridictions administratives et judiciaires

114 – Un dialogue constant entre les juridictions administratives et judiciaires

Le caractère hybride et l'apposition des deux droits, droit du travail et droit de la fonction publique, ont nécessairement conduit à une interaction entre les juridictions administratives et judiciaires. Loin des préjugés et idées reçues décrivant la juridiction judiciaire comme le juge de la liberté individuelle et de la technique contractuelle, et le juge administratif comme celui de l'autorité, l'agent non titulaire est un cas propice au dialogue entre les deux juridictions et un moyen de mettre en avant les convergences plutôt que les différences. Dans l'exemple précédemment employé en matière de contrat aidé, le juge judiciaire a bien souvent sanctionné les recours abusifs aux contrats aidés et a même, en dernier lieu, requalifié le contrat en contrat à durée indéterminée. Divers éléments ont pu conduire le juge à requalifier le contrat aidé, par exemple lorsque l'employeur ne respectait pas les engagements spécifiques qui caractérisent le contrat aidé⁶⁰³.

Toutefois, le juge administratif sera également compétent en matière de requalification, comme le rappelle le Tribunal des conflits le 4 juillet 2011⁶⁰⁴. La jurisprudence opère ainsi un correctif important aux manquements des contrats aidés en termes de protection et à leur précarité. Toutefois, le « partage de compétence » entre les deux juridictions, bien que complexe, s'opère également distinctement et ces dernières semblent s'harmoniser, poursuivant l'objectif précité de protection de l'agent non titulaire. De nombreux exemples pourraient également être apportés, autres que dans le domaine du droit du travail.

Les principales problématiques concernant les agents non titulaires semblent s'articuler autour de leur coexistence avec les agents titulaires. En pratique si l'agent non titulaire paraît revêtir

⁶⁰² AUBIN (Emmanuel), « Les contrats précaires dans la fonction publique territoriale », *loc. cit.*

⁶⁰³ Cass, 30 novembre 2004, n°01-45.613 et 02-44.922 ; *Bull. Civ. V.* n° 305 ; *AJDA* : 2005, p 341 : « *Mais attendu que les contrats "emploi-solidarité" et les contrats "emploi consolidé" doivent remplir les conditions prévues aux articles L. 322-4-8 et L. 322-4-8-1 du Code du travail, à défaut de quoi ils doivent être requalifiés en contrat à durée indéterminée en application de l'article L. 122-3-13 dudit Code ; que la cour d'appel qui a constaté que l'employeur n'avait pas respecté les obligations relatives à la formation et à l'orientation professionnelle a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision* ».

⁶⁰⁴ TC, 4 juillet 2011, *Herry ctre Institut national polytechnique de Grenoble*, n°3772, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2012, p 174 : « *Considérant, d'une part, qu'en vertu de l'article L. 322-4-8 du code du travail, alors applicable, le contrat emploi-solidarité est un contrat de droit privé à durée déterminée et à temps partiel ; qu'il appartient en principe à l'autorité judiciaire de se prononcer sur les litiges nés de la conclusion, de l'exécution et de la rupture d'un tel contrat, même si l'employeur est une personne publique gérant un service public à caractère administratif ; qu'il lui incombe, à ce titre, de se prononcer sur une demande de requalification du contrat ; que, toutefois, le juge administratif est seul compétent pour tirer les conséquences d'une éventuelle requalification d'un contrat, s'il apparaît que celui-ci n'entre pas en réalité dans les prévisions de l'article L. 322-4-7 du code du travail, alors applicable* ».

des vertus attractives, la cohabitation est parfois bien complexe et les distinctions entre fonctionnaire et agent non titulaire ne sont pas toujours justifiées. Ainsi, traitant d'un complément de rémunération versé par La Poste de façon différenciée entre ses fonctionnaires et ses agents contractuels de droit privé, la Cour de cassation, en assemblée plénière, dans un arrêt du 27 février 2009⁶⁰⁵ a rappelé dans un premier temps le principe en vertu duquel : « celui qui emploie à la fois des fonctionnaires et agents de droit public et des agents de droit privé est fondé à justifier une différence de rémunération entre ces catégories de personnels dont la rémunération de base et certains éléments sont calculés, en fonction pour les premiers, de règles de droit public et, pour les seconds, de dispositions conventionnelles de droit privé ». Toutefois, la Cour rajouta « qu'il en va autrement s'agissant d'un complément de rémunération fixé, par décision de l'employeur applicable à l'ensemble du personnel sur le critère de la fonction ou du poste de travail occupé ». La Cour de cassation décida donc, puisque « M. X... effectuait le même travail qu'un fonctionnaire de même niveau exerçant les mêmes fonctions » et que La Poste n'était pas en mesure de fournir d'explication sur la différenciation quant au versement du « complément poste », qu'il « résultait que la différence de traitement n'était justifiée par aucune raison objective pertinente ». Bien que des différenciations soient possibles et justifiées, notamment en matière de rémunération, entre fonctionnaire et agent contractuel, cela ne peut être accepté en matière de prime ou de complément de rémunération. La Cour de cassation opère ainsi un rééquilibrage entre les deux agents, et rappelle le principe « à travail égal, salaire égal » qui se retrouve toutefois assorti d'exception consenties. Cet exemple est révélateur : tout d'abord, il démontre la contradiction découlant de situations bien différentes, entre un agent titulaire et un agent contractuel de droit privé. De plus, il met en exergue le rôle de régulateur du juge dans les excès que l'apposition des situations peut produire. Mais surtout, il témoigne, puisqu'il s'agit d'un agent contractuel de droit privé, de l'immixtion du juge judiciaire dans les relations de travail entre l'employeur et ses agents contractuels mais aussi, par répercussion, dans ses relations avec ses fonctionnaires.

115 – Un dialogue renforcé entre les juridictions judiciaire et administrative : l'exemple de la reprise en régie directe

Lorsqu'une personne morale de droit privé est reprise par une administration publique, le contrat de travail initialement conclu perdure. La reprise d'activité est donc un exemple

⁶⁰⁵ Cass, Ass.plén, 27 février 2009, n° 08-40.059, *RTD* : 2009, p 316, obs. H. Tissandier ; *JCP S* : 2009, p 1228, note H. Daioglou ; *JCP* : 6 mai 2009. II. 10078, comm. D. Jean-Pierre

intéressant d'hybridation où changement de statuts et superpositions de ces derniers se conjuguent, amenant à des situations bien complexes. L'article L1224-1 du code du travail dispose que : « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise* ». En vertu des textes, les contrats de travail en cours perdurent même après une reprise d'activité. Divers cas de reprise en régie peuvent être étudiés. Concernant les collectivités territoriales⁶⁰⁶, l'article 20 de la loi du 26 Juillet 2005 résultant d'une transposition d'une directive communautaire⁶⁰⁷ a apporté un peu de clarté en modifiant l'article L 1424-67 du code général des collectivités territoriales⁶⁰⁸. L'hybridation est manifeste puisque l'article fait directement référence à l'article L 1224-3 du code du travail⁶⁰⁹. La loi précise que l'administration reprenneuse pourra proposer aux salariés un contrat de droit public. Néanmoins diverses conditions devront être respectées : le contrat sera à durée déterminée ou indéterminée, en fonction de la nature du contrat initial, puisque « *les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération* » perdurent. La loi dispose également qu'en cas de refus des salariés quant au contrat proposé, « *le contrat prendra fin de plein droit, et la personne publique devra appliquer les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat* ». Ainsi le contrat de l'agent contractuel, devra être repris, en conservant sa nature.

Toutefois, de nombreuses questions se sont posées. Dans un premier temps, l'Arrêt *Lamblin* du 22 octobre 2004⁶¹⁰ permettait à l'employeur de proposer aux salariés soit la reprise de

⁶⁰⁶ Exemple fréquent, il s'agit souvent d'une reprise par une collectivité territoriale d'une activité autrefois gérée par une personne morale de droit privé comme une association.

⁶⁰⁷ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *JORF* : 27 juillet 2005.

⁶⁰⁸ Code général des collectivités territoriales, article L 1424-67 : « *Les personnes employées par une association, créée avant la date de promulgation de la loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile, dont la dissolution résulte du transfert intégral de son objet et des moyens corrélatifs à l'établissement public peuvent, si elles sont recrutées par celui-ci, bénéficier des dispositions de l'article L. 1224-3 du code du travail* ».

⁶⁰⁹ Code du travail, article L 1224-3 : « *Lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne publique de proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires* ».

⁶¹⁰ CE, du 22 octobre 2004, *Lamblin*, n° 245154, *Recueil Lebon* p 382 ; *AJDA* : 2004, p 2153, Chron. C. Landais, F. Lenica ; *AJDA* : 2004, p 2241, note M.C. De Montecler ; *RFDA* : 2005, p 187, concl. E. Glaser ; *RFDA* : 2005, p 1205, note G. Clamour ; *AJFP* : 2005, p 20 ; *RTD com.* : 2005, p 269, note G. Orsini ; *RTD eur.* : 2005, p 839, chron. D. Ritleng : « (...) *S'il 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 ; qu'il résulte de ces dispositions que, lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est reprise par une personne publique gérant un service public administratif, il appartient à cette dernière, en l'absence de dispositions législatives spécifiques, et réserve faite du cas où le transfert entraînerait un changement d'identité de l'entité transférée, soit de maintenir le contrat de droit privé des intéressés, soit de leur proposer un contrat de droit public reprenant les clauses substantielles de leur ancien contrat dans la mesure, ainsi que l'a jugé la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt n° C-175/99 du 26 septembre 2000* ».

leurs contrats de droit privé, soit la soumission à un contrat de droit public en conservant toutefois les clauses substantielles de l'ancien contrat. On laissait ainsi un choix vecteur d'hésitations entre le contrat de droit privé et le contrat de droit public. L'ambivalence prit fin avec la loi de 2005⁶¹¹ et l'article L 1224-3 du code du travail qui l'explique clairement : la personne publique pourra proposer un contrat de droit public⁶¹². Néanmoins, différentes problématiques demeuraient, en matière de rémunération par exemple. Ainsi le Conseil d'État jugea, le 25 Juillet 2013⁶¹³, qu'en l'absence de règles applicables au salarié transféré, l'autorité administrative doit rechercher si des fonctions en rapport avec ses qualifications et son expérience peuvent lui être confiées. L'administration fixera ensuite la rémunération du salarié en tenant compte des fonctions qu'il exerçait, de sa qualification, de son ancienneté et de la rémunération des agents titulaires exerçant des fonctions similaires. La chambre sociale de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 1^{er} Juin 2010⁶¹⁴ précisa, également que la personne publique est obligée de verser les rémunérations aux salariés, dans les conditions prévues par leur contrat de travail à compter de la reprise de l'activité, jusqu'à acceptation ou refus du contrat de droit public. Sur la question de l'effectivité du transfert entraînant la reprise des salariés, pour la chambre sociale, dans une décision du 2 Décembre 2009⁶¹⁵, le transfert est effectif lorsque l'activité est reprise ou poursuivie par la personne publique et que l'entité économique conserve son identité. S'il y a absence de reprise, le salarié pourra exercer un

⁶¹¹ Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *JORF* : 27 juillet 2005.

⁶¹² Code du travail, article L 1224-3: « Lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif, il appartient à cette personne publique de proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires ».

⁶¹³ CE, 2 juillet 2013, *Centre hospitalier général de Longjumeau*, n° 355804 ; *AJFP* : 2013, p 322 ; *AJDA* : 2013, p 1597 : « Considérant qu'il résulte de ces dispositions, interprétées au regard des objectifs poursuivis par la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, qu'en écartant, en l'absence même de toute disposition législative ou réglementaire contraire, la reprise des clauses du contrat dont le salarié transféré était titulaire relatives à la rémunération, lorsque celles-ci ne sont pas conformes aux " conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique ", le législateur n'a pas entendu autoriser cette dernière à proposer aux intéressés une rémunération inférieure à celle dont ils bénéficiaient auparavant au seul motif que celle-ci dépasserait, à niveaux de responsabilité et de qualification équivalents, celle des agents en fonctions dans l'organisme d'accueil à la date du transfert ; qu'en revanche ces dispositions font obstacle à ce que soient reprises, dans le contrat de droit public proposé au salarié transféré, des clauses impliquant une rémunération dont le niveau, même corrigé de l'ancienneté, excéderait manifestement celui que prévoient les règles générales fixées, le cas échéant, pour la rémunération de ses agents non titulaires ; qu'en l'absence de règles applicables au salarié transféré, il appartient à l'autorité administrative de rechercher si des fonctions en rapport avec ses qualifications et son expérience peuvent lui être confiées et de fixer sa rémunération en tenant compte des fonctions qu'il exerce, de sa qualification, de son ancienneté et de la rémunération des agents titulaires exerçant des fonctions analogues ».

⁶¹⁴ Cass, Soc, 1^{er} juin 2010, n° 09-40.679 ; *Dalloz act.*: 21 juin 2010, note L. Perrin : « Mais attendu, d'abord, qu'à la suite du transfert d'une entité économique à une personne morale de droit public dans le cadre d'un service public administratif, les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le personnel de l'entreprise et le nouvel employeur, qui est tenu, dès la reprise de l'activité, de continuer à rémunérer les salariés transférés dans les conditions prévues par leur contrat de droit privé jusqu'à ce que ceux-ci acceptent le contrat de droit public qui leur sera proposé, ou jusqu'à leur licenciement, s'ils le refusent ».

⁶¹⁵ Cass, Soc, 2 décembre 2009, n°07-45.304 ; *Bull. Civ. V.* n° 270 ; *RJS* : 2010, n° 153 ; *JCP* : 2010, n° 6, p 19, note P. Morvan ; *JA* : 2010, n° 412, p 10

recours contre la personne publique pour rupture abusive du contrat de travail⁶¹⁶. En matière d'ancienneté, c'est une fois encore le Conseil d'État, dans une espèce du 27 juin 2012⁶¹⁷, qui précisa qu'en cas de licenciement, l'indemnité de l'agent doit être calculée sur le fondement de l'ancienneté acquise au sein de l'administration, mais en tenant compte également de celle obtenue au sein de la personne morale de droit privé qui a été reprise en régie. Enfin, l'article L 1224-3 du code du travail précisait que la personne publique pouvait proposer un contrat de droit public. En cas de refus, le salarié verrait son contrat prendre fin, et ainsi une procédure de licenciement serait organisée. Pour la chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 30 septembre 2009⁶¹⁸, le refus du salarié vaut à lui seul licenciement, puisque le salarié refuse la transformation juridique de sa relation de travail⁶¹⁹. Néanmoins, le licenciement n'a pas une cause économique.

Ce dernier exemple est instructif puisqu'il démontre l'interaction des deux juridictions, qui offrent chacune une réponse en se coordonnant, sur des cas pourtant complexes entremêlant deux droits distincts. L'influence du droit du travail se démontre ainsi, un peu par la force des choses en cas de reprise d'activité, et l'intégration du salarié de droit privé dans le secteur public produit une démonstration efficace d'un mouvement progressif constitué par un effritement des frontières entre droit du travail et droit de la fonction publique. Le nouvel agent contractuel, autrefois salarié, s'avère doublement protégé : d'une part, par la législation, et d'autre part, par les juridictions. Le contrat de ce dernier devra être repris, dans le respect de sa nature et de ses clauses substantielles, et la procédure de licenciement est encadrée. Pour l'ancien salarié, nouvel agent contractuel travaillant pour une personne morale de droit public, il n'y a pas véritablement de changement dans son support contractuel, à croire même qu'une

⁶¹⁶ Cass, Soc, 2 décembre 2009, n°07-45.304; *Bull. Civ. V.* n° 270; *RJS* : 2010, n° 153; *JCP* : 2010, n° 6, p 19, note P. Morvan; *JA* : 2010, n° 412, p 10 : « qu'elle peut uniquement lui être proposée à charge, pour l'employeur qui se voit opposer un refus, de licencier le salarié ou de poursuivre le contrat de travail aux conditions antérieures ; que, dans le cas contraire, le salarié est en droit de se considérer comme ayant fait l'objet d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse et de refuser l'exécution du contrat modifié ».

⁶¹⁷ CE, 27 juin 2012, *Perrot*, n° 335481, *Recueil Lebon* p 225; *AJFP* : 2013, p 48; *AJDA* : 2012, p 1312; *AJCT* : 2012, p 572, obs. D. Taron : « Considérant qu'en statuant ainsi, alors que le contrat de droit public signé par l'intéressée était réputé, conformément aux dispositions de l'article L. 122-12 du code du travail auxquelles il ne peut être légalement dérogé, reprendre les clauses substantielles de son contrat de travail et que les dispositions de l'article 47 du décret du 15 février 1988 n'ont pas pour objet de régir, dans l'hypothèse d'un transfert relevant de l'article L. 122-12, les modalités de reprise d'un salarié de droit privé par une collectivité territoriale ou un établissement public local à caractère administratif et ne pouvaient, dès lors, avoir pour effet de porter atteinte au droit de Mme A à la conservation de l'ancienneté qu'elle avait acquise auprès de l'entité transférée, la cour a commis une erreur de droit ; que, par suite, la requérante est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ».

⁶¹⁸ Cass, Soc 30 septembre 2009, n°08-40846, *Bull. Civ. V.*; *RJS* : décembre 2009, n° 899; *JCP S* : 2010, p 1028, note B. Bossu; *Dr. soc.* 2010, p 410, rapp. P. Bailly, p. 404

⁶¹⁹ Cass, Soc 30 septembre 2009, n°08-40846, *Bull. Civ. V.*; *RJS* : décembre 2009, n° 899; *JCP S* : 2010, p 1028, note B. Bossu; *Dr. soc.* 2010, p 410, rapp. P. Bailly, p. 404 : « Attendu enfin que si le licenciement d'un salarié qui refuse un contrat de droit public doit être prononcé dans les conditions prévues par le code du travail, le refus de changer de statut opposé par le salarié repris constitue à lui seul une cause de licenciement ».

reprise pourrait apparaître plus opportune, comme une sorte de négociation préétablie dans la fonction publique.

L'absence caractérisée de cadre concret et clair dans la définition comme dans le régime de l'agent non titulaire, constitue une démonstration probante d'une certaine insécurité. L'agent non titulaire, aux multiples profils et situations éparses, se retrouve ainsi dans une insécurité découlant d'une contentions difficile. Toutefois, comme cela a été constaté, ce manque de protection se traduit également par des comportements abusifs dans la pratique malgré l'intervention jurisprudentielle qui, en l'absence de règles adéquates, a parfois bien du mal à contenir les excès.

Section 2 : Le contrat pérenne comme modérateur de l'emploi précaire

L'un des premiers facteurs précarisant réside dans l'absence de cadre et dans l'hétérogénéité caractérisant l'agent non titulaire. Toutefois, le défaut de protection est propice à certains comportements abusifs. Ainsi, le recours au contrat à durée déterminée ainsi que son fréquent renouvellement ont démontré l'exercice de certaines pratiques abusives, accentuant l'instabilité et la précarité de la situation de l'agent non titulaire (1§). Face à ces manques et à la précarisation de l'agent non titulaire, une réponse a été formulée : l'introduction du contrat à durée indéterminée (2§). Il s'agit d'une tentative de contentions et de résorption de la précarité par la pérennisation du contrat. Néanmoins la réponse démontre surtout un certain « réflexe contractuel » lorsqu'on tente de pallier certaines difficultés.

1 § – Le contrat à durée déterminée, une convention vectrice d'insécurité

À côté de la diversité des agents non titulaires, se trouve le contrat que l'on peut nommer « le contrat de droit commun » en droit de la fonction publique : le contrat à durée déterminée. Afin de comprendre les raisons justifiant l'insertion du contrat pérenne, il convient de revenir sur le contrat à durée déterminée avant les réformes de 2005 et 2012, de revoir sa durée ainsi que sa reconduction afin de comprendre l'insécurité à l'origine de l'introduction du contrat à durée indéterminée. Bien que le contrat à durée déterminée demeure une convention « classique », un point fit rapidement débat : le renouvellement du contrat à durée déterminée (A). La constatation de renouvellements se succédant sur près de 20 années parfois était plus que démonstrative de comportements abusifs et d'une insécurité de l'agent contractuel. On assistait ainsi à l'émergence d'un mécanisme déguisé qui semblait déjà pérenniser les relations, une forme de contrat pérenne « à la carte ». Néanmoins, à côté des questions tenant au détournement abusif du contrat à durée déterminée dans la fonction publique, d'autres

aspects s'ajoutaient à l'insécurité de l'agent contractuel : l'absence de carrière ou encore le défaut de protection (B). Toutefois, suite aux réformes amorcées en 2005, des réponses ont été apportées, bien que ces dernières paraissent bien insuffisantes.

A- Un mécanisme déguisé

Parmi les issues du contrat de l'agent contractuel, le renouvellement du contrat s'avère bien évidemment la plus convoitée. Néanmoins, force est de constater qu'avant les réformes de 2005 et 2012, une inquiétude s'amplifiait quant à la multiplication des renouvellements et reconductions abusives des contrats à durée déterminée (1). Le manque de cadre concret et l'absence de limitations explicitées permettaient de reconduire l'agent contractuel indéfiniment. On assistait ainsi à une appropriation abusive de la convention qui, paradoxalement, n'arrivait plus au terme pourtant prévu et anticipé. Il s'agissait ainsi d'une première reconnaissance implicite du contrat pérenne, durable (2), que la doctrine nomma les « CDI cachés ».

1 - Les renouvellements abusifs du contrat à durée déterminée

116 – Durée et renouvellement du contrat à durée déterminée avant les réformes

Avant les réformes ayant donné un cadre concret au recours aux agents non titulaires, il était bien difficile de donner un contour et de déterminer les limites dans la durée comme dans la reconduction du contrat à durée déterminée. En effet, on retrouvait pourtant de façon générale les mêmes cas de recours, toutefois très peu de précisions étaient prévues quant à la durée du contrat ou les renouvellements de ce dernier. Ainsi, les agents recrutés lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires, par exemple, étaient alors engagés par des contrats d'une durée maximale de trois ans, renouvelables par reconduction expresse. Il s'agissait ainsi de la seule précision quant à la durée du contrat. Les cas de recours, excepté pour le recours aux contractuels en absence de corps ou cadre de fonctionnaires ou pour les emplois de catégorie A, ne sont assortis d'aucune précision temporelle. De plus, sur la question du renouvellement, aucune limitation n'est également prévue, seule la procédure, c'est-à-dire la reconduction expresse, est envisagée pour les deux cas de recours précédemment énumérés.

Qu'en est-il des autres cas de recours ? Peut-on engager un agent contractuel pour une durée supérieure à trois ans ? Combien de renouvellements peut-on effectuer ? Existe-t-il un nombre limité de reconduction du contrat à durée déterminée ? Toutes ces questions démontrent deux éléments : d'un côté, une absence flagrante de cadre, donc de protection pour l'agent

contractuel qui se retrouve également dans une situation floue, sans limites imposées par la loi ; d'un autre côté, le manque de contour laisse bien évidemment présager des situations insolites et précaires, car l'administration a tout loisir d'utiliser le recours aux agents contractuels de façon extensible.

117 – Des renouvellements successifs

Des contours ont néanmoins été dressés, principalement par la jurisprudence, qui a comblé les silences laissés par le législateur. Il convient de bien différencier le renouvellement successif du contrat à durée déterminée, des contrats à durée déterminée successifs. Ces éléments s'avèrent plus complexes en droit de la fonction publique. Le renouvellement du CDD de l'agent contractuel a occupé le débat jurisprudentiel et a nécessité diverses interventions⁶²⁰.

Concernant le CDD renouvelé tacitement, le droit des contrats administratifs considère que le contrat résultant de l'application d'une clause de tacite reconduction a le caractère d'un nouveau contrat⁶²¹, comme le rappelle un arrêt du Conseil d'État du 29 novembre 2000⁶²². Toutefois la règle régissant les contrats administratifs ne s'applique pas concernant les recrutements d'agents contractuels. Ainsi, dans un arrêt du Conseil d'État du 14 novembre 1980⁶²³, le juge estimait qu'une clause de tacite reconduction prévue dans un contrat à durée déterminée sans précisions quant au terme se transformait alors en contrat à durée indéterminée. Toutefois, cette solution fut rapidement abandonnée par la jurisprudence, avec notamment l'arrêt *Bayeux*, évoqué à diverses reprises. La règle est alors la suivante : on ne peut insérer une clause de tacite reconduction si cette dernière n'est pas prévue par des dispositions législatives ; si toutefois une telle clause est insérée, le maintien en fonction au-delà du terme de la convention crée nécessairement un nouveau contrat dont la durée est prévue par les parties ou égale à celle prévue dans le premier contrat. Ces éléments démontrent déjà un premier point : le recrutement des agents contractuels diffère, en bien des

⁶²⁰ AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique, op. cit.*, p 567-577

⁶²¹ CE, 5 mai 1951, *Dobrouchkess*, *Recueil Lebon* p 291 : « Considérant qu'une clause de tacite reconduction d'un contrat qui, en raison de sa nature et de son montant, ne peut être passé qu'après que les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par la réglementation applicable ont été respectées, a pour objet de permettre la passation d'un nouveau contrat sans que soient respectées de telles obligations ».

⁶²² CE, 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, n° 205143, *Recueil Lebon* p 574, *AJDA* : 2001, p 101 et 219, étude L. Richer; *CJEG* : 2001 p 148, note P. Subra de Bieusses ; *Coll. Terr.* 2001, n° 52, obs. T. Célérier ; *Dr. adm.* : 2001, n° 7 ; *RFDA* : 2001 p 242

⁶²³ CE, 14 novembre 1980, *Guilley*, n° 12322, *Recueil Lebon* p 430, concl. J.F Théry : « Considérant que si le contrat passé le 7 janvier 1974 entre l'État et Mme X... était conclu pour une période d'un an à compter du 10 décembre 1973, il comportait une clause de renouvellement par tacite reconduction, par périodes de 12 mois ; Que, dans ces conditions, ce contrat, qui ne comportait pas un terme certain et fixe avec précision dès sa conclusion, n'avait pas le caractère d'un contrat à durée déterminée au sens des dispositions précitées du décret du 22 juin 1972 ».

manières, du droit des contrats administratifs et les questions relatives aux recrutements s'avèrent toujours bien plus complexes, parfois même dérogoires.

Le renouvellement du CDD révèle également une caractéristique importante pour l'agent contractuel : il ne constitue pas un droit pour ce dernier⁶²⁴. Cette absence de droit au renouvellement entraîne de nombreuses conséquences. Notamment, l'intervention du juge sera très limitée : une fois la convention arrivée à son terme, le juge ne pourra pas suspendre la décision de ne pas renouveler le contrat. Le juge ne pourra pas contraindre l'administration à maintenir l'agent à son poste et le contrat irrégulièrement interrompu ne pourra pas être prolongé au-delà de la date initialement prévue dans le contrat. Le non-renouvellement entraînant la cessation des fonctions de l'agent n'est pas un licenciement et se distingue de ce dernier, ainsi le principe général du droit interdisant le licenciement d'une femme enceinte par exemple ne pourra être invoqué⁶²⁵. Cette caractéristique met en lumière la précarité de la situation de l'agent contractuel et la soumission de ce dernier qui ne peut qu'espérer un renouvellement, sans avoir un droit à faire valoir. Cette absence démontre également le déséquilibre dans lequel se trouve l'agent contractuel vis-à-vis de l'administration, ce qui peut laisser présager de possibles comportements abusifs.

118 – Des renouvellements abusifs

Comme le manque de cadre et le caractère déséquilibré de la relation contractuelle découlant du CDD semblaient le présager presque fatalement, dans la pratique les administrations ont eu très largement recours aux CDD, employant des agents contractuels par contrats successifs ou renouvelant ces mêmes contrats de façon abusive. De nombreux cas de renouvellements abusifs peuvent être relevés, par exemple dans un arrêt du 17 janvier 2001⁶²⁶, il est question d'un agent contractuel renouvelé pendant presque dix années, de 1978 à 1996. Toutefois, l'intervention jurisprudentielle, en l'absence de cadre législatif, n'était guère à l'avantage de l'agent contractuel puisque le Conseil d'État décida concernant l'agent renouvelé abusivement durant dix ans que, d'une part, « *les agents non titulaires de la fonction publique territoriale ne disposent que d'une vocation à être titularisés et non d'un droit, alors même*

⁶²⁴ CE, 2 décembre 1987, *M. Tanesie*, n° 68883, *Recueil Lebon* p 788 : « *Qu'il résulte de ce qui précède que M. X..., qui n'avait aucun droit au renouvellement de son détachement, n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Versailles a rejeté sa demande* ».

⁶²⁵ CE, 8 juin 1973, *Dame Peynet*, n° 80232, *R.* 406, concl. S. Grevisse ; *AJDA* : 1973, p 587, chron. D. Leger et M. Boyon, *JCP* : 1945. II. 17957, note Y. Saint-Jours

⁶²⁶ CAA, Douai, 17 janvier 2001, *Mme X ctre la Commune d'Eu*, n° 98DA12146, *Cabon*. - V. D. JEAN-PIERRE, *Les contrats à durée indéterminée de droit public dans la fonction publique territoriale*, *JCP Adm.* : 2003, Chron. 1308 ; V. BOUHIER, *De l'exception à la généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique*, *LPA* : févr. 2006, n° 24, p. 4. ; P. VÉRON et J. BAZIN, *Appliquer le CDI dans la fonction publique territoriale*, *Gaz. cnes* : 2 mai 2006, p. 52. ; A. FITTE-DUVAL, *Contrat à durée indéterminée dans la fonction publique : les risques d'une transposition inadaptée*, *AJFP* : 2007. 4

qu'ils remplissent les conditions pour y prétendre», et d'autre part, que « la commune d'Eu était fondée en raison de la cessation de l'exploitation du bassin nautique à mettre fin à son terme au contrat de travail de Mme X..., laquelle ne peut se prévaloir d'aucun droit au renouvellement de celui-ci ; que la suppression de l'emploi étant justifiée, l'irrégularité de procédure dont est entachée cette décision municipale n'est pas, dans les circonstances de l'espèce, de nature à ouvrir droit à la réparation des préjudices invoqués par la requérante ». Il paraît ainsi justifié de qualifier les renouvellements « d'abusifs », puisque renouveler un agent contractuel durant dix ans, ou plus, comme cela a parfois été le cas, démontre la permanence de l'emploi comme du besoin et une certaine pérennisation des relations entre l'administration et l'agent. Ce dernier se trouvait dans une situation précaire puisque, malgré les années, l'agent n'avait aucun droit à faire valoir et pouvait voir cette collaboration se terminer unilatéralement, sans motif et à tout moment.

2 – Des contrats pérennes dissimulés

119 – Les contrats à durée indéterminée dissimulés

Il convient de s'intéresser désormais aux effets produits par les renouvellements successifs. Tout d'abord, en vertu des textes les agents contractuels sont en principe engagés pour une période de trois ans ; les contrats peuvent être renouvelés par reconduction expresse seulement. Toutefois, la pratique démontre que le renouvellement du CDD est récurrent, et les contrats peuvent se succéder durant des dizaines, parfois des vingtaines, d'années. Le premier effet de cette succession abusive réside dans le fait d'y entrevoir des contrats à durée indéterminée dissimulés, des « CDI cachés⁶²⁷ ». Un contrat à durée déterminée est : « *un contrat de travail par lequel un employeur (l'administration), recrute un salarié (agent non titulaire) pour une durée limitée*⁶²⁸ ». La convention est donc assortie d'un terme et les recours doivent être motivés. Un contrat à durée indéterminée est « *la forme normale du contrat de travail* »⁶²⁹ en droit du travail : il est conclu avec l'employeur sans limitation de durée. Outre les règles et la procédure régissant les contrats (recours encadrés, emploi permanent et non permanent, l'obligation d'un écrit, etc...), la différence fondamentale entre le CDD et le CDI repose sur la durée et la présence ou l'absence d'un terme. Or, dans la pratique on constate que les administrations ne respectent pas le terme prévu dans le CDD, et ce contrat, bien qu'*a priori* encadré pour trois ans, se voit renouvelé sans limitation, faisant du

⁶²⁷ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 306-32

⁶²⁸ www.insee.fr

⁶²⁹ *Ibid.*

terme une mention fantasque. Ainsi, en vertu des définitions générales et consensuelles⁶³⁰ des contrats, il s'agit bien en réalité d'un contrat à durée indéterminée, dissimulé sous l'apparence d'un contrat à durée déterminée et d'un terme « alibi ». Non seulement la situation de l'agent se retrouve caractérisée par une forte précarité, mais le caractère abusif des renouvellements se démontre par une dénaturation, une usurpation de la qualification du contrat.

120 – Une pérennisation des relations contractuelles

La constatation de ces CDI « cachés » démontre deux éléments importants. D'une part, la présence de CDI dissimulés atteste que, si la jurisprudence y est hostile et si les principes régissant le recrutement dans la fonction publique l'interdisent *a priori*, la pérennisation du contrat n'est pas une nouveauté introduite par les réformes de 2005 et 2012. En effet, l'absence de terme effectif conduit à l'introduction progressive et détournée du contrat pérenne. Ce qui peut paraître surprenant réside dans le contournement des règles et dans l'inversion des processus. La pérennisation a été introduite par la pratique, malgré les textes contraires et la jurisprudence. De manière générale, cette pérennisation détournée démontre le poids de la pratique qui, transgressant les textes, a contraint le législateur à reconnaître le contrat à durée indéterminée. Peut-être devrait-on envisager cet exemple comme une démonstration de l'affaiblissement progressif du statut dont les règles ne s'appliquent plus de façon efficiente.

D'autre part, la pérennisation cachée est également très démonstrative quant aux différences majeures entre le droit du travail et le droit de la fonction publique. Le droit du travail prévoit une requalification-sanction du contrat à durée déterminée abusif, dépassant 18 mois, renouvellement inclus⁶³¹. Outre les règles plus strictes et l'encadrement clair du recours au contrat à durée déterminée, la différence majeure réside dans la requalification du contrat à durée déterminée en contrat de droit commun : le CDI. La pérennisation dissimulée et les CDI « cachés » semblent certes dépendre d'un « *jeu plein d'hypocrisie* »⁶³², néanmoins cette différenciation est tout de même explicable au regard des singularités des deux droits. Si le droit du travail n'hésite pas à sanctionner le recours abusif au contrat à durée déterminée en le requalifiant, il le fait en lui donnant la qualification du contrat de droit commun en droit du

⁶³⁰ Il a été choisi d'utiliser les définitions de l'INSEE pour le caractère consensuel et général de ces dernières, évitant les débats doctrinaux.

⁶³¹ Code du travail, article L 1243-11 : « *Lorsque la relation contractuelle de travail se poursuit après l'échéance du terme du contrat à durée déterminée, celui-ci devient un contrat à durée indéterminée. Le salarié conserve l'ancienneté qu'il avait acquise au terme du contrat de travail à durée déterminée. La durée du contrat de travail à durée déterminée est déduite de la période d'essai éventuellement prévue dans le nouveau contrat de travail* ».

⁶³² MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale*, op. cit., p 206-32

travail. Toute la différence réside dans ce point, cela s'avère plus complexe en droit de la fonction publique puisque le contrat à durée indéterminée n'est pas le principe, il est une exception et le principe demeure l'occupation des emplois permanents par les fonctionnaires. Il s'agirait donc, en requalifiant le contrat en contrat à durée indéterminée, de reconnaître une deuxième relation pérenne, juxtaposée aux côtés du fonctionnariat. De tous ces questionnements traitant de la nécessaire résorption de l'utilisation abusive du CDD, dépendent ainsi le particularisme et les principes régissant le droit de la fonction publique.

121 - Une situation précaire

Un deuxième effet découle bien évidemment des renouvellements successifs et abusifs : la précarisation de la situation des agents contractuels. L'agent contractuel se retrouve en situation précaire puisque ce dernier voit son contrat renouvelé selon les volontés de l'administration. Bien que l'agent ait l'opportunité d'être reconduit à de nombreuses reprises, il n'a pourtant pas de droit au renouvellement et l'administration pourra mettre fin unilatéralement aux relations après des années de collaboration. Le contrat se distingue ainsi par un fort déséquilibre, qui s'avère démonstratif de l'utilisation contractuelle en droit de la fonction publique. Si le contrat à durée déterminée fait partie des contrats précaires en droit du travail également, on opère toutefois un certain rééquilibrage contractuel en offrant certains moyens de protection au salarié en CDD. Cette protection est absente en droit de la fonction publique.

122 – Les solutions envisagées pour la cessation des pratiques abusives

Face à ces abus, des sanctions sont nécessaires et restent à déterminer. La première solution possible est d'interdire le renouvellement successif de CDD sur un même emploi. Dans ce cas, au terme du contrat, après un premier et unique renouvellement par exemple, deux choix se présenteraient à l'administration : le non renouvellement du contrat motivé par le fait que l'agent n'est plus nécessaire au bon fonctionnement du service ou l'intégration de l'agent dans la fonction publique, suivant une procédure adaptée prenant en compte l'expérience professionnelle acquise par exemple. Cette solution semblerait la plus simple et claire, puisqu'elle permet, selon Didier Jean-Pierre⁶³³, de « *conserver l'équilibre statutaire installé en 1984* », dans le respect de « *la définition française du fonctionnaire qui pose que seuls les fonctionnaires occupent des emplois permanents* », tout en s'inscrivant dans « *la lutte contre*

⁶³³ JEAN-PIERRE (Didier), « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 Juillet 2005 », *loc. cit.*

la précarité en autorisant l'intégration des agents non titulaires qui s'étaient finalement avérés indispensables aux besoins de l'Administration ». Cette première option semble également reprendre le mécanisme opéré depuis bien longtemps en droit du travail, puisque le droit social a fait le choix de la requalification-sanction en limitant les renouvellements et en transformant la convention en contrat de droit commun : le CDI. Or, le principe en droit de la fonction publique est le statut. Ainsi, il s'agit dans cette première solution de limiter la reconduction contractuelle mais, si cette dernière se prolonge de titulariser l'agent contractuel devenant ainsi fonctionnaire. Toutefois, une deuxième solution, *a priori* plus complexe, se présente également : la reconnaissance du CDI dans la fonction publique. Cette solution est « complexe » car la jurisprudence s'est toujours montrée hostile concernant l'introduction du CDI⁶³⁴. L'hostilité est toutefois fondée et expliquée puisque, bien que se démarquant de la jurisprudence sociale de la Cour de cassation, la jurisprudence administrative rappelle que le statut de la fonction publique n'autorise pas le recrutement d'agents contractuels à durée indéterminée car la permanence de l'emploi suppose leur occupation par des fonctionnaires.

Toutefois, comme cela a été plus longuement et exhaustivement abordé, la directive 1999/70/CE du Conseil de l'union européenne du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP, sur le travail à durée déterminée imposait divers points sur lesquels les États membres se sont engagés. Si la réponse française aurait pu être celle de reconnaître une conformité du droit existant avec les exigences de la directive tout en limitant et encadrant les renouvellements, le choix français fut, à l'appui de la directive, d'opter pour la seconde solution en reconnaissant le contrat à durée indéterminée dans la fonction publique.

B – Une insécurité caractérisée pour l'agent non titulaire

Comme cela a été démontré, le CDD est caractérisé par une grande insécurité pour l'agent contractuel, ainsi que l'attestent les renouvellements successifs et abusifs. Toutefois, d'autres problématiques alimentent la précarité de la situation du contractuel et son insécurité. Un des premiers éléments précarisant réside dans l'opposition avec le fonctionariat et dans l'absence de carrière imposée par le recrutement contractuel (1). Ces éléments précarisant démontrent également une utilisation des mécanismes travaillistes détournée, dont les vertus s'avèrent sélectionnées sans même prévoir de protection en contrepartie (2). Toutes ces difficultés

⁶³⁴ CE, 14 mars 1997, *Rietcsh- Cavrois*, n° 147572, *AJFP* : 1997, p 48 : « *Considérant que les décisions successives par lesquelles le maire a engagé Mme X... comportaient un terme certain ; qu'ainsi et alors même que cet engagement a été renouvelé sans interruption, l'intéressée ne saurait prétendre qu'elle était liée à la commune par un contrat à durée indéterminée* ».

doivent ainsi nécessairement trouver des solutions lorsqu'il s'agit de résorber la précarité, ce qui est l'objectif affiché des réformes de 2005 et 2012.

1 – Une relation instable entre l'administration et l'agent contractuel

123 – Une absence de carrière

L'absence de carrière constitue une des premières difficultés pour l'agent contractuel et une des premières opportunités justifiant le recrutement d'agents non titulaires pour les employeurs publics. En vertu de l'article 12 du statut de la fonction publique, il est précisé que « *le grade est distinct de l'emploi. Le grade est le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent* ». Le fonctionnaire est titulaire de son grade et non de son emploi ; il possède ainsi un droit à la carrière tout en pouvant changer d'emploi en fonction des besoins. C'est bien évidemment un particularisme fondamental se différenciant du système d'emploi et ainsi des agents contractuels. La situation des agents contractuels, relevant davantage d'un système d'emploi, semble en parfaite opposition. L'agent contractuel n'étant pas titulaire de son grade, voit sa situation en totale dépendance avec la pérennité de son emploi : c'est justement cet élément qui revêt toute l'attraction du recrutement contractuel. La situation des agents contractuels est de fait précaire, puisque ces derniers sont titulaires de leur emploi mais ne possèdent aucun droit au maintien de leur carrière dans la fonction publique. Si cette situation est le résultat et la contrepartie évidente du système d'emploi sans que l'on parle pourtant de contrat précaire lorsqu'on aborde le CDI en droit du travail, cela s'avère le cas pour deux raisons en droit de la fonction publique. D'une part, en opposition avec le fonctionnariat, on ne peut que s'interroger sur la disparité et la distinction entre les agents titulaires et les agents non titulaires et y entrevoir une situation bien moins protégée et sûre pour l'agent contractuel. D'autre part, le contrat pérenne en droit du travail est accompagné de garanties et protections (reclassement, etc...) afin de rééquilibrer le contrat et ainsi pallier les difficultés tenant à la dépendance du salarié à son emploi, ce qui s'avère moins efficient en droit de la fonction publique, bien que des améliorations s'imposent peu à peu.

Toutefois, cette disparité entre la logique de carrière pour le fonctionnaire et la logique d'emploi pour le contractuel s'avère voulue et justifiée. L'agent contractuel est recruté sur un emploi déterminé, afin justement d'accomplir une tâche déterminée. La finalité est donc pour l'employeur public de recruter contractuellement afin de s'accompagner de compétences dont l'administration a besoin à un moment précis et auxquelles aucun fonctionnaire ne peut

correspondre, pour des raisons liées à l'impossibilité de recruter un fonctionnaire ou encore en l'absence de compétences correspondantes. Ainsi, bien que la situation de l'agent contractuel soit par essence précaire, la compétence spécifique ou le besoin momentané n'a ainsi aucune vocation à perdurer dans le temps. L'intérêt se retrouve justement dans cette temporalité réduite : le recrutement par la voie contractuelle offre une alternative à l'employeur public et lui permet d'éviter de recruter un agent par la voie pérenne pour « *une mission qui a vocation à disparaître à court ou moyen terme*⁶³⁵ ».

Le recrutement contractuel permet également de ne pas apporter de réflexion systématique quant à la formation ou le parcours professionnel de l'agent tout au long de sa vie pour une mission temporaire, dénuée d'intérêt public dont les dépenses seraient bien trop importantes. Néanmoins, si la justification même du recrutement contractuel peut se retrouver dans cette absence de carrière et se justifier au regard de la temporalité de la mission comme des conséquences liées à un recrutement statutaire, la logique semble quelque peu atténuée lorsque justement le recrutement n'a pas pour but de pourvoir à des besoins momentanés mais permanents de l'administration, et que finalement la mission a bien vocation à perdurer dans le temps. Dans ce cas précis, l'engouement pour le recrutement contractuel ne s'explique que par l'alternative qu'il propose et l'éviction des règles tenant au recrutement statutaire. La précarité est ainsi bien plus grande, puisque le recrutement découle d'une tentative de contournement. L'évolution de carrière, la promotion comme la rémunération sont ainsi des problématiques récurrentes pour l'agent contractuel dont les missions perdurent dans la fonction publique. Contrairement aux fonctionnaires, les agents contractuels n'ont pas droit à l'avancement, et l'évolution en matière de rémunération par exemple sera déterminée par le contrat de l'agent. Toutefois, ces questions seront bien évidemment abordées différemment avec l'introduction du contrat pérenne qui déstabilise et effrite la règle selon laquelle l'agent contractuel ne peut prétendre à un droit de carrière.

124 – Des problématiques révélées par la pratique

Dans la pratique, bien que le recrutement contractuel soit *a priori* attractif et contourne des règles devenues encombrantes et coûteuses pour l'employeur public, de nombreuses conséquences à cette instabilité des situations peuvent entraîner une mauvaise gestion ou une gestion complexifiée des services⁶³⁶. La pratique du recrutement contractuel impacte les deux univers cohabitant dans la fonction publique : les agents non titulaires et les fonctionnaires. Il

⁶³⁵ MOURIER (Rachel), *S/d, Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-50

⁶³⁶ *Ibid*, p 206-54

s'avère en effet parfois difficile de travailler en qualité d'agent contractuel à côté de fonctionnaires, qui eux bénéficient de l'assurance d'une relation permanente et sécurisée. Bien qu'aucune différenciation ne semble s'opérer dans la pratique et qu'un système « de caste » soit prohibé, sur le plan humain il est parfois bien complexe pour l'agent de se sentir à sa place et l'égal de l'agent titulaire, qui exerce pourtant parfois les mêmes fonctions ou les mêmes prestations de travail. Si un sentiment d'infériorité et d'inégalité peut être ressenti par l'agent contractuel, ce dernier peut également se trouver démotivé. Le recrutement contractuel suscite un certain découragement et une certaine défiance parfois, et amènera ce dernier à profiter d'une meilleure offre dès que cette dernière se présentera. On oublie parfois que le recrutement contractuel a aussi pour conséquence de voir partir de bons éléments, ce qui peut nuire à la bonne continuité du service public. Le supérieur hiérarchique s'avère également subir cette situation de diverses manières. D'une part, l'employeur public peut également être un agent contractuel et il sera alors tout aussi compliqué pour ce dernier de diriger son service au sein duquel travaillent des agents titulaires, ce qui peut « susciter auprès du supérieur hiérarchique un sentiment d'infériorité et d'insécurité »⁶³⁷. D'autre part, sur un plan entièrement gestionnaire, le recrutement contractuel dans la fonction publique sera assorti de nombreuses difficultés pour l'employeur public : il devra faire face à la coexistence d'agents titulaires et non titulaires et sera également dans l'obligation de connaître parfaitement le droit du travail comme le droit de la fonction publique. Il devra également ajuster ses méthodes lorsque le recrutement s'effectuera par contrat aidé puisqu'il s'agit de conventions particulières dont le but est d'insérer des personnes en difficulté.

Un autre point, tout aussi révélateur de l'instabilité caractérisant la situation de l'agent contractuel et la singularité du droit de la fonction publique, a été relevé à diverses reprises : les emprunts opérés par le droit de la fonction publique au droit du travail.

2 – Une inspiration travailliste sélective

125 – Un droit du travail plus protecteur

Le contrat n'est pas l'invention et l'apanage du droit du travail ; la fonction publique n'a pas découvert le contrat à durée déterminée en regardant les pratiques du secteur privé. Comme cela a été étudié dans l'historique, le contrat a toujours pris place en droit de la fonction publique, dès sa naissance et de façon concomitante à son invention antique. Néanmoins, lorsqu'on traite d'une inspiration travailliste, on aborde davantage les questions liées à

⁶³⁷ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-54

l'attractivité du droit du travail et du secteur privé et à la volonté fortement perceptible d'introduire une logique davantage privatiste. Puisque c'est sous cet angle que l'inspiration travailliste sera traitée, alors ces échanges peuvent bien être interprétés comme des mécanismes symboliques et reconnaissables du droit du travail qui s'insèrent, difficilement, dans la fonction publique.

Les questions liées à la durée du contrat, à ses renouvellements et aux sanctions adaptées aux comportements abusifs, soulignent bien les différences perceptibles entre le droit du travail et le droit de la fonction publique. En droit du travail, le contrat à durée déterminée ne peut « excéder dix-huit mois compte tenu, le cas échéant, du ou des deux renouvellements »⁶³⁸. En matière de renouvellement du contrat à durée déterminée, « le contrat de travail à durée déterminée est renouvelable deux fois pour une durée déterminée. La durée du ou, le cas échéant, des deux renouvellements, ajoutée à la durée du contrat initial, ne peut excéder la durée maximale »⁶³⁹ de dix-huit mois. Le droit du travail, en plus de présenter des conditions bien plus précises et un encadrement manifestement plus effectif, différencie également le renouvellement du contrat à durée déterminée des contrats successifs. Ainsi, le renouvellement, limité à deux exécutions, prolonge le même contrat, alors que les contrats successifs sont des contrats différents conclus avec le même salarié en vertu de motifs explicites. Les cas justifiant la conclusion de contrats à durée déterminée successifs sont par exemple : le « remplacement d'un salarié absent », ou le « remplacement d'un salarié dont le contrat de travail est suspendu »⁶⁴⁰. Enfin, en cohérence avec la limitation des cas de recours, le code du travail prévoit également une sanction au non-respect des règles précitées : la requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée⁶⁴¹. La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation a très rapidement appliqué la requalification-sanction en matière de renouvellements ou de contrats successifs. Par exemple, un arrêt de la chambre sociale du 3 juin 2009⁶⁴² précise dans sa solution que si le contrat initial ne comportait pas de clause de renouvellement, celui-ci ne pouvait être

⁶³⁸ Code du travail, article L 1242-8 : le contrat de travail ne peut « excéder dix-huit mois compte tenu, le cas échéant, du ou des deux renouvellements intervenant dans les conditions prévues à l'article L. 1243-13 ».

⁶³⁹ *Ibid.* : « Le contrat de travail à durée déterminée est renouvelable deux fois pour une durée déterminée. La durée du ou, le cas échéant, des deux renouvellements, ajoutée à la durée du contrat initial, ne peut excéder la durée maximale prévue à l'article L. 1242-8 ».

⁶⁴⁰ Code du travail, article L 1244-1

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² Cass, Soc, 3 juin 2009, n° 08-40.449 : « Mais attendu que le contrat à durée déterminée initial, faute de prévoir les conditions de son renouvellement, ne peut être renouvelé que par soumission d'un avenant avant le terme initialement prévu ; Et attendu que c'est par une interprétation que les termes ambigus du contrat rendaient nécessaire, que la cour d'appel a estimé que les conditions de renouvellement n'étaient pas prévues dans le contrat initial, seule étant envisagée la possibilité d'un renouvellement ; qu'elle en a exactement déduit, sans encourir les autres griefs du moyen, qu'en l'absence de signature d'un avenant avant le terme initialement convenu, le contrat de travail devait être requalifié en un contrat à durée indéterminée ; que le moyen n'est pas fondé ».

renouvelé que par un avenant conclu avant le terme initialement prévu. Toutefois, en absence d'avenant avant le terme, le contrat est requalifié en contrat à durée indéterminée.

126 – Une inspiration partielle

L'engouement travailliste se caractérise par un assemblage de préjugés et d'idées reçues résidant en partie dans la liberté et la souplesse que procure le cadre contractuel. Or, comme cela est également le cas dans d'autres pays principalement « latins » comme l'Italie par exemple, le droit du travail n'est pas le lieu de tous les possibles et cette idée de liberté se retrouve toutefois encadrée par une contrepartie essentielle : la protection du salarié. L'attractivité contractuelle en droit de la fonction publique semble toutefois s'émanciper de cet aspect protecteur. Si l'inspiration puisée en droit du travail est seulement « partielle », cela s'explique car bien que le souhait semble d'utiliser des méthodes privatistes afin d'évincer et contourner les contraintes statutaires, la contrepartie protectrice n'est toutefois pas respectée.

Toutefois, le terme « sélectif » pourrait également, voire davantage, être utilisé lorsqu'on souhaite qualifier la volonté administrative en matière contractuelle. En effet, il ne s'agit pas d'une volonté de démocratiser des méthodes privatistes introduites partiellement, mais d'une réelle sélection des éléments les plus opportuns laissant de côté les plus contraignants. On chercherait à évincer la rigueur statutaire, ainsi on ne souhaiterait pas se contraindre à travers des dispositions travaillistes toutes aussi protectrices, et c'est d'ailleurs le résultat observé en Italie suite à la privatisation de la fonction publique.

Néanmoins, divers éléments peuvent expliquer ces divergences entre droit du travail et droit de la fonction publique à l'appui du contrat à durée déterminée. Tout d'abord, de façon très simple : le droit du travail et le droit de la fonction publique sont deux droits singuliers. Bien que les deux droits traitent de domaines conjoints (emploi, travail, etc...), les conceptions sont par essence différentes. En effet, le recrutement contractuel est le principe en droit du travail mais ne l'est pas en droit de la fonction publique. Le contrat en droit de la fonction publique est une exception, et la protection se retrouve de manière plus efficiente dans le recrutement statutaire. Ce seul principe s'avère ainsi constituer le point, bien que justifié, le plus important à la difficile apposition de règles protectrices au recrutement contractuel et ses pratiques. La question de la requalification- sanction est ainsi très probante et révèle un paradoxe. Le principe est le fonctionnariat et le recrutement statutaire. On recrute ainsi exceptionnellement par la voie contractuelle afin de combler les lacunes du recrutement pérenne et contourner les exigences statutaires. Si des comportements abusifs doivent être sanctionnés en matière de

CDD, ainsi la logique voudrait, comme en droit du travail, que l'on applique le principe en requalifiant l'exception : l'agent en contrat à durée déterminée devrait donc être titularisé. Toutefois, le recrutement intervient par la voie contractuelle justement pour éviter la voie statutaire. Il s'agit ainsi d'un vrai dilemme, puisqu'il convient d'aménager deux exigences : le principe régissant le droit de la fonction publique et la nécessaire résorption de la précarité.

Toutefois la victime principale de ce duel cornélien est l'agent contractuel qui se trouve dans une situation caractérisée par une forte précarité. L'agent contractuel précaire pourrait apparaître comme une victime collatérale, qui ne peut obtenir de protection optimale en vertu des principes protecteurs réservés aux agents titulaires. Les réformes et l'introduction du contrat à durée indéterminée doivent ainsi être envisagées comme une réponse, un choix exprimé face à ces difficultés, mais les résultats ne semblent pas pour autant démontrer un endiguement effectif et global de la précarité.

2 § – Le contrat à durée indéterminée, une tentative de protection

Afin d'endiguer le phénomène de précarisation des agents non titulaires, les réformes entamées depuis 2005 proposent diverses solutions (A), en exigeant notamment un cadre plus précis et contraignant en matière de CDD. Mais, les avancées législatives ne semblent pas mettre réellement fin aux problématiques démontrées et ne répondent pas à toutes les causes de précarisation de la situation de l'agent contractuel. Si une tentative de sécurisation est certaine et aboutie sur certains points, elle demeure toutefois partielle et ciblée (B).

A – Une sécurisation consacrée par le contrat pérenne

La volonté identifiée depuis les années 2000 quant à l'insertion d'une logique davantage privatiste, semble se concrétiser avec la reconnaissance du contrat à durée indéterminée. Les lois de 2005 et de 2012 ont été traitées préalablement, d'où il est ressorti que cette reconnaissance s'accompagne d'une clarification essentielle. Le recours au CDD, sa durée ou encore ses renouvellements, ont fait l'objet d'un encadrement afin de sécuriser la situation de l'agent contractuel à durée déterminée (1). Toutefois, les réformes se sont principalement démarquées par la reconnaissance d'une reconduction du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée (2). Malgré des améliorations nécessaires, la consécration n'échappe pas à de vives critiques, dénonçant une certaine insuffisance ou encore une difficile insertion de corollaires efficaces.

1 – Une clarification des recours au contrat à durée déterminée

127 – Une clarification législative attendue

Comme cela a été évoqué, différentes solutions se présentaient au législateur afin de pallier les difficultés résultant du cadre indéfini dévolu à l'agent contractuel à durée déterminée. Le législateur, attendu sur cette question soulevée à maintes reprises et contraint selon lui à des transpositions de directives européennes, opta pour la reconnaissance d'un contrat à durée indéterminée dans la fonction publique malgré les réticences jurisprudentielles et les obstacles découlant des principes mêmes de la fonction publique. Deux étapes majeures se sont ainsi succédé. Tout d'abord la loi du 26 juillet 2005 a reconnu pour la première fois la reconduction du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. Désirant s'acquitter des exigences européennes, la loi de 2005 a proposé une limitation de la durée du contrat à durée déterminée, un encadrement quant aux renouvellements de la convention et enfin a reconnu qu'après un délai de six années, le contrat à durée déterminée reconduit le serait pour une durée indéterminée. Bien que ce fût le temps des réponses et l'ouverture des possibles, la doctrine s'est vite inquiétée d'un manque de clarté et de précisions de la réforme, renvoyant de nombreuses questions à des décrets ou ne répondant pas à diverses problématiques découlant des nouveautés introduites. La loi du 12 mars 2012 a ainsi clarifié et complété les manquements apparents de la loi de 2005, en matière de recours au contrat à durée déterminée et toutes les questions en découlant (durée, renouvellement et reconduction). Aujourd'hui, l'état du droit est en mesure de donner un cadre, une limite relativement claire au contrat à durée déterminée. Toutefois, d'une part, le cadre semble s'étoffer progressivement comme en témoigne le décret du 3 novembre 2014⁶⁴³, et d'autre part, la question cruciale de l'efficience des mesures introduites se pose.

128 – La durée du contrat à durée déterminée

L'état actuel du droit atteste un cadre concret et clair dans la limitation de la durée du contrat de l'agent recruté à durée déterminée, cela n'ayant pas toujours été le cas puisque le cadre précédent était bien plus flou et distendu sur ces questions limitatives. Néanmoins, il ne s'agit pas d'une grande surprise et d'un encadrement « strict » puisque, même si les précisions étaient absentes pour bon nombre de recours auparavant, la durée du contrat était en principe de trois ans également avant les précisions de 2005 et 2012. De plus, si on considère cet

⁶⁴³ Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : n°0256 du 5 novembre 2014

encadrement sans étonnement, le qualifiant de peu « strict », cela s'effectue en opposition avec le droit du travail. Le droit du travail limite la durée d'un contrat à durée déterminée, renouvellement inclus, à 18 mois, soit la moitié de la durée tolérée en droit de la fonction publique. Si l'encadrement clair des cas de recours et de la durée des contrats, d'un an à trois ans, sont essentiels afin de limiter les abus il ne s'agit pas pour autant de « bousculer » les habitudes et de réformer en profondeur les pratiques. Cette simple énonciation est ainsi très révélatrice : il n'est pas véritablement question de sanctionner et dissuader l'administration dans ses pratiques abusives en attribuant un cadre plus protecteur à l'agent contractuel, mais davantage de mettre fin à un flou vecteur d'abus sans pour autant contraindre à un changement de conception dans les pratiques. Sur la question de la résorption de la précarité, le droit actuel ne semble peut-être pas aller assez loin.

129 – Les renouvellements du contrat à durée déterminée

En matière de renouvellement du contrat à durée déterminée la règle est très simple : de façon générale, le contrat étant conclu pour une durée maximale de trois ans, le renouvellement du contrat sera de la même durée puisqu'après six ans en contrat à durée déterminée le renouvellement du contrat ne pourra se faire qu'à durée indéterminée. Autrement dit, on ne peut renouveler qu'une fois un contrat à durée déterminée, et pour la même durée que le contrat initial. Toutefois, certaines exceptions apparaissent. Lorsque le recours au contrat à durée déterminée est motivé par le remplacement ponctuel d'un agent titulaire, le renouvellement s'effectuera par décision expresse dans la limite de la durée de l'absence de l'agent à remplacer. Toutefois, lorsque le motif relève de la vacance d'emploi, le contrat alors conclu pour une durée d'un an sera renouvelable « *dans la limite d'une durée totale de deux ans* ». Si la règle est simple concernant les emplois permanents, elle diffère toutefois lorsqu'il s'agit d'emplois non permanents⁶⁴⁴. Le décret du 17 janvier 1986 précise également les modalités quant au délai de préavis de l'administration afin de signifier la volonté de renouveler ou non l'agent. Ainsi l'administration doit notifier son engagement de renouveler ou de ne pas renouveler « *au plus tard : huit jours avant le terme de l'engagement pour l'agent recruté pour une durée inférieure à six mois* » par exemple. L'agent contractuel devra alors, lorsqu'une proposition de renouvellement de contrat est faite, répondre sous 8 jours

⁶⁴⁴ Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 19 janvier 1986, p 953, article 7 : « *la durée totale, du contrat conclu et des renouvellements éventuels ne peut excéder : six mois au cours d'une période de douze mois consécutifs pour faire face à un besoin lié à un accroissement saisonnier d'activités* », et « *douze mois au cours d'une période de dix-huit mois consécutifs pour faire face à un besoin lié à un accroissement temporaire d'activités* ».

pour accepter ; à défaut de réponse dans ce délai, il est considéré comme renonçant à son emploi. Le décret précise également les effets du non renouvellement avec les documents à fournir et le droit aux indemnités chômage. Il s'agit ainsi d'avancées notables face aux problèmes relevés auparavant, le renouvellement étant mieux encadré. La limitation à un renouvellement est un exemple probant de cette volonté de contenir les pratiques abusives et rétablir une situation plus protectrice pour l'agent contractuel. Toutefois, une question se pose et trouve diverses interprétations jurisprudentielles : le motif du renouvellement. Tout d'abord, la jurisprudence l'a précisé clairement, le non renouvellement ne vaut pas licenciement⁶⁴⁵. Inversement, le fait de refuser son renouvellement ne vaut pas non plus démission de l'agent contractuel⁶⁴⁶. Toutefois, les difficultés proviennent davantage du motif de la décision de non renouvellement. Un arrêt du Conseil d'État du 4 juillet 1994⁶⁴⁷ précise que le non renouvellement peut intervenir pour des motifs liés à l'intérêt du service ou bien la décision peut être prise en considération de la personne pour des motifs disciplinaires ou non. Dans la première hypothèse où la décision de non renouvellement est fondée sur l'intérêt du service, les obligations de l'administration s'avèrent assez minimalistes. Il n'y a pas d'obligation d'inviter l'agent à prendre connaissance de son dossier, ni même d'obligation de motivation de la décision de non-renouvellement. Néanmoins, en cas de litige, l'employeur doit pouvoir démontrer que la décision de non renouvellement s'est exclusivement fondée sur l'intérêt du service. Ainsi certaines décisions fondées, à tort, sur l'intérêt du service sont jugées illégales comme par exemple la décision de non renouvellement suivie immédiatement du recrutement d'un autre agent contractuel⁶⁴⁸. La deuxième hypothèse motivant la décision de non renouvellement en considération de la personne conduit la jurisprudence à quelques

⁶⁴⁵ CAA, Lyon, 3 mars 2009, *Centre communal d'action sociale de Saint-Anthème ctre Commune de Suchet*, n° 07LY02775 et 08LY00629, *AJFP* : 2009, p 222 : « *Considérant qu'il résulte des dispositions législatives précitées que les contrats passés par les collectivités et établissements publics territoriaux en vue de recruter des agents non titulaires doivent, sauf disposition législative spéciale contraire, être conclus pour une durée déterminée et ne peuvent être renouvelés que par reconduction expresse ; que, sauf circonstance particulière, la décision par laquelle l'autorité administrative compétente met fin aux relations contractuelles doit être regardée comme un refus de renouvellement de contrat si elle intervient à l'échéance du contrat et comme un licenciement si elle intervient au cours de ce contrat* ».

⁶⁴⁶ CAA, Versailles, 6 octobre 2011, *Mlle A ctre Commune d'Herblay*, n° 09VE02466, *Recueil Lebon* : « *Considérant qu'il résulte de l'instruction et notamment de la lettre en date du 20 novembre 2006 de l'ASSEDIC de l'ouest parisien adressée à Mlle A que cet organisme a refusé de lui accorder le bénéfice de l'allocation d'aide au retour au motif qu'il appartenait à la commune d'Herblay de l'indemniser ; qu'ainsi le lien de causalité direct entre le rejet de la demande d'allocation d'aide au retour à l'emploi et la mention démission sur l'attestation ASSEDIC n'est pas établi ; qu'il suit de là que Mlle A n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise a rejeté les conclusions indemnitaires de sa demande* ».

⁶⁴⁷ CE, 4 juillet 1994, *Marki*, n° 118298 : « *Considérant que l'administration peut toujours, pour des motifs tirés de l'intérêt du service ou pris en considération de la personne, qu'ils aient ou non un caractère disciplinaire, ne pas renouveler le contrat d'un agent public recruté pour une durée déterminée* ».

⁶⁴⁸ CAA, Nancy, 18 novembre 2004, *Mme X ctre Commune de Woippy*, n° 99NC01046, *Recueil Lebon* : « *Considérant que si la commune soutient que le refus de renouvellement du contrat de Mme X résulte du fait que ledit contrat était arrivé à échéance, il ressort des pièces du dossier que l'intéressée a été immédiatement remplacée par un autre agent contractuel ; que, par suite, et eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire, le non-renouvellement du contrat doit être regardé comme ayant été décidé pour des motifs étrangers à l'intérêt du service* ».

hésitations. En vertu du motif, l'administration est contrainte d'informer préalablement l'agent de la possibilité de lui communiquer l'intégralité de son dossier et motiver sa décision de non renouvellement⁶⁴⁹. Toutefois, un arrêt du Conseil d'État du 23 février 2009⁶⁵⁰ semble mettre un terme à ces obligations et aux hésitations en découlant. Si le Conseil d'État semble abandonner les obligations de communication du dossier et de motivation de la décision, cela ne concerne que les décisions de non renouvellement dont le motif est en considération de la personne mais ne présentant pas un caractère disciplinaire. Si les raisons sont d'ordre disciplinaire, l'administration devra s'acquitter des obligations précitées.

L'étude des avancées récentes relatives au recours au contrat à durée déterminée souligne un effort visant un encadrement plus clair. Toutefois, la volonté demeure : le contrat, bien que nécessitant des contours affirmés, est l'exception en droit de la fonction publique et doit demeurer comme telle. La durée du contrat, limité à trois ans alors qu'il est encadré par une durée maximale de 18 mois en droit du travail, témoigne bien d'un recrutement dont la précarité de l'agent contractuel doit être mise en balance avec les besoins de l'administration. Cette conclusion semble toutefois en opposition avec les nouveautés introduites dès 2005, puisque bien que le contrat soit l'exception, il est désormais pérenne en droit de la fonction publique.

2 – Une consécration de la reconduction du contrat à durée indéterminée

130 – La reconduction du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée

Une des grandes nouveautés qui retint toute l'attention dans les récentes réformes relatives au recrutement dans la fonction publique est manifestement la reconnaissance du contrat à durée indéterminée. Si la pérennisation du contrat n'est pas une nouveauté, puisque le contrat à durée déterminée était déjà regardé parfois comme un « CDI » caché se caractérisant par une durabilité et une prolongation contournée, l'affirmation claire et sans équivoque constitue tout de même une nouveauté frappante au regard des réticences jurisprudentielles comme des principes du droit de la fonction publique. La loi de 2012 a toutefois apporté bon nombre de

⁶⁴⁹ CE, 14 mars 1997, *Mlle Lepré*, n° 154693 : « Mais considérant qu'il ressort des termes même de la décision attaquée qu'elle a été motivée par l'insuffisance professionnelle reprochée à Mlle X... ; qu'ainsi, ayant été prise en considération de la personne de la requérante, elle ne pouvait légalement intervenir sans que celle-ci ait été mise à même de prendre connaissance de son dossier et de faire valoir ses observations ».

⁶⁵⁰ CE, 23 février 2009, *Moutterlos*, n°304995, *JCP adm.* : 2009, n° 15, comm. 2085, note G. P., *AJDA* : 2009, p 399 ; *AJFP* : 2009, p 141, concl. J. Burguburu : « Un agent dont le contrat est arrivé à échéance n'a aucun droit au renouvellement de celui-ci. [...] Il en résulte qu'alors même que la décision de ne pas renouveler ce contrat est fondée sur l'appréciation portée par l'autorité compétente sur l'aptitude professionnelle de l'agent et, de manière générale, sur sa manière de servir et se trouve ainsi prise en considération de la personne, elle n'est, sauf à revêtir le caractère d'une mesure disciplinaire, ni au nombre des mesures qui ne peuvent légalement intervenir sans que l'intéressé ait été mis à même de prendre connaissance de son dossier, ni au nombre de celles qui doivent être motivées en application des dispositions de la loi du 11 janvier 1979 ».

précisions quant à la reconduction en contrat à durée indéterminée. Ainsi, le droit actuel s'est étoffé de diverses dispositions offrant un cadre relativement clair au contrat à durée indéterminée, sans toutefois faire disparaître toutes interrogations dans la pratique, comme sur le principe même de la reconnaissance du contrat à durée indéterminée. Le principe est simple et précis : après six ans d'activité, le renouvellement d'un contrat à durée déterminée ne pourra se faire que pour une durée indéterminée⁶⁵¹. Certaines conditions doivent nécessairement être remplies : à la date du 13 mars 2013, il faut occuper son poste ou bénéficier de l'un des congés ouverts à un agent contractuel comme le congé maladie ou maternité. Des conditions d'ancienneté sont également à remplir et se différencient par l'âge de l'agent contractuel : si l'agent a moins de 55 ans, il doit justifier d'au moins 6 ans de services publics, c'est-à-dire avoir été employé en CDD pendant au moins 6 ans, au sein du même ministère, de la même collectivité territoriale ou du même établissement public hospitalier entre le 13 mars 2004 et le 13 mars 2012. Toutefois si l'agent est âgé de 55 ans ou plus, il devra justifier d'au moins 3 ans de services effectifs entre le 13 mars 2008 et le 13 mars 2012. Si la loi précise également que « *la durée de six ans mentionnée doit avoir été accomplie dans sa totalité auprès du même département ministériel, de la même autorité publique ou du même établissement public* », la loi de 2012 a tout de même clarifié l'application des dispositions dans le cas où l'agent n'a pas accompli son service dans le même département ministériel : « *Les services accomplis de manière discontinue sont pris en compte, sous réserve que la durée des interruptions entre deux contrats n'excède pas quatre mois* ».

Toutefois, certains services ne sont pas pris en compte dans le calcul de l'ancienneté conduisant à la reconduction du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. Dans la fonction publique d'État les exclusions visent les emplois suivants : les emplois supérieurs dont la nomination relève de la décision du gouvernement, les emplois au sein de certains établissements dotés de missions particulières ou de certaines institutions, les emplois de professeur hospitalo-universitaire, les emplois d'ouvrier de l'État, de personnel navigant civil et de marin, les assistants d'éducation, les maîtres d'internat ou surveillant d'externat, les emplois d'enseignant-chercheur occupé en qualité de personnel associé ou invité, et enfin les emplois exercés dans le cadre d'une formation doctorale. Dans la fonction publique

⁶⁵¹ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 12 janvier 1984, p 271, article 6 bis: « *Lorsque les contrats pris en application des articles 4 et 6 sont conclus pour une durée déterminée, cette durée est au maximum de trois ans. Ces contrats sont renouvelables par reconduction expresse dans la limite d'une durée maximale de six ans. Tout contrat conclu ou renouvelé en application des mêmes articles 4 et 6 avec un agent qui justifie d'une durée de services publics effectifs de six ans dans des fonctions relevant de la même catégorie hiérarchique est conclu, par une décision expresse, pour une durée indéterminée* ».

territoriale, trois cas d'exclusion sont ajoutés concernant les collaborateurs de groupes d'élus, les emplois fonctionnels ou de collaborateur de cabinet et les emplois occupés en qualité de personnel mis à disposition par un centre de gestion sauf si la collectivité territoriale d'accueil a recruté l'agent sur cet emploi à l'issue de la mise à disposition. Enfin, la fonction publique hospitalière ajoute un dernier service non pris en compte concernant les emplois de direction. La transformation du contrat a toutefois certaines conséquences et pourra conduire à des modifications des fonctions justifiées dans le cas du remplacement momentané d'un fonctionnaire, lorsqu'un emploi ne peut être immédiatement pourvu par un fonctionnaire ou afin de répondre à un besoin saisonnier.

131 – Un contentieux abondant

Bien évidemment, si progressivement différentes questions ont été traitées comme dans le cas de services accomplis de façon discontinue ou auprès de différentes administrations, la jurisprudence a traité néanmoins de nombreuses problématiques laissées en suspens et le contentieux en matière de contrat à durée indéterminée semble relativement important.

Par exemple, la jurisprudence a traité de la question de la décision de non renouvellement d'un agent en contrat à durée déterminée depuis six ans en l'absence d'entretien préalable. Le Conseil d'État dans un arrêt du 26 avril 2013⁶⁵² précisa que si « *la décision d'une collectivité territoriale de ne pas renouveler le contrat d'un agent employé depuis six ans sous contrat à durée déterminée doit être précédée d'un entretien* », l'absence de l'entretien « *ne constitue pas pour l'agent, eu égard à la situation juridique de fin de contrat sans droit au renouvellement de celui-ci, et alors même que la décision peut être prise en considération de sa personne, une garantie dont la privation serait de nature par elle-même à entraîner l'annulation de la décision de non renouvellement* ».

Bien évidemment, l'essentiel de la jurisprudence porte sur la reconduction du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. Ainsi, concernant la transformation d'un CDD en CDI, la durée de service requise de six ans d'activité est regardée comme accomplie en dépit du changement d'employeur⁶⁵³. Toutefois, si de nombreux points sont explicités par les textes, dans la pratique l'aménagement des dispositions s'avèrent parfois complexe et la jurisprudence s'en trouve hésitante. Si les agents contractuels occupent leur fonction depuis six ans, la reconduction de leur contrat ne pourra se faire que pour une durée indéterminée.

⁶⁵² CE, 26 avril 2013, Cella, n° 355509, Recueil Lebon ; AJDA : 2013, p 885 ; AJDA : 2013, p 1733, chron. X. Domino, A. Bretonneau ; AJCT : 2013, p 431, obs. L. Derridj

⁶⁵³ CAA, Bordeaux, 22 décembre 2014, CNFPT, n°14BX01441, AJFP : 2015, p 129, AJDA : 2015, p 730

Toutefois, cela donne-t-il droit au renouvellement de l'agent ? Peut-on requalifier ses contrats à durée déterminée successifs en contrat à durée indéterminée ? Sur ces questions la jurisprudence s'avère claire, la reconduction est possible, si l'administration le souhaite mais elle n'a pas valeur de contrainte pour l'administration. L'employeur public qui voit le délai de six années s'écouler avec le dernier contrat à durée déterminée conclu peut décider de ne pas renouveler l'agent. L'agent contractuel n'a toujours aucun droit au renouvellement et donc aucun droit à son renouvellement en contrat à durée indéterminée. La jurisprudence nuance toutefois cette position en sanctionnant les pratiques abusives, comme dans le cas de 28 contrats à durée déterminée successifs⁶⁵⁴. Également, un arrêt de la Cour administrative d'Appel de Bordeaux du 31 mars 2014 témoigne d'une application stricte quelque peu étonnante en vertu du cas d'espèce : un agent contractuel avait été recruté par un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) par près de dix contrats à durée déterminée successifs. Puisqu'il s'agit de recrutements relevant de l'article 9-1 de la loi du 9 janvier 1986, donc des emplois non permanents, la Cour a donc strictement appliqué les dispositions et a décidé : « *Qu'il ne résulte pas des dispositions, ni d'aucun autre texte, qu'à compter du renouvellement du troisième contrat dont a bénéficié Mme A..., l'EHPAD était tenu de conclure un contrat à durée indéterminée* ». Ces deux derniers arrêts cités témoignent de deux éléments : d'une part, l'aménagement entre les principes régissant le droit de la fonction publique et la nouvelle reconnaissance du contrat pérenne s'avère bien complexe dans la pratique et nécessite une application stricte qui n'a pas toujours pour effet de résorber la précarité ou sanctionner les comportements abusifs comme cela était pourtant l'objectif affiché par les récentes réformes. D'autre part, si certains s'étonnaient ou s'inquiétaient de l'insertion de mécanismes privatistes et d'un certain mimétisme du secteur public avec le secteur privé comme modèle, ils devront se voir rassurés puisque le droit de la fonction publique, bien que le contrat pérenne soit consacré, se trouve encore bien loin des mesures protectrices du droit du travail et conserve tout son particularisme dans l'application des nouvelles dispositions.

⁶⁵⁴ CE, 20 mars 2015, *Mme A. ctre Institut médico-éducatif Saint-Georges-sur-Baulche*, n°371664, *Recueil Lebon* p 254; *AJDA* : 2015, p 607 ; *AJFP* : 2015, p 254, note S. Niquège ; *AJFP* : 2015, p 241 : « *Considérant qu'il incombe au juge, pour apprécier si le recours, en application des dispositions mentionnées au point 2, à des contrats à durée déterminée successifs présente un caractère abusif [...], qu'à cet égard, il ressort des pièces du dossier [...] que si ces fonctions ont été exercées en remplacement d'agents indisponibles ou autorisés à travailler à temps partiel, elles ont donné lieu à vingt-huit contrats et avenants successifs ; qu'en jugeant que l'institut médico-éducatif n'avait pas, dans ces conditions, recouru abusivement à une succession de contrats à durée déterminée, la cour administrative d'appel a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis* ».

La jurisprudence et ses hésitations apportent le témoignage probant d'une certaine ambiguïté limitant la portée de la consécration du contrat pérenne. Bien que les textes se soient étoffés et répondent aux problématiques relevées antérieurement, les solutions apportées demeurent partielles et les effets de la reconnaissance du contrat pérenne le démontrent. Tout d'abord, un point est essentiel : il ne s'agit pas de la reconnaissance d'une requalification-sanction comme cela est permis en droit du travail, ni de consacrer un mécanisme sanctionnant les pratiques abusives, mais seulement d'apporter des solutions afin de contenir ces pratiques. Toutefois l'aspect coercitif semble quelque peu étouffé : l'administration a le choix de conclure ou non un contrat à durée indéterminée avec l'agent contractuel. Les nouvelles dispositions ne confèrent pas pour autant un droit au renouvellement pour l'agent contractuel. Ainsi une des premières ambiguïtés peut être relevée : l'objectif n'est clairement pas de sanctionner l'administration mais d'éviter les pratiques abusives avec des mesures dissuasives efficaces.

Les nouvelles dispositions ne semblent pas conduire à une inversion ou à un rééquilibrage des rapports de travail. L'autorité administrative demeure toujours en position de supériorité et l'agent contractuel bénéficie encore de peu de droits et protection, néanmoins les marges de manœuvres offertes auparavant à l'administration ont été l'objet de restrictions. Il ne s'agit donc pas d'une insertion inspirée ou copiée sur le droit du travail. L'ambiguïté découle ainsi de cette volonté partagée, parfois difficilement identifiable entre l'objectif de résorber la précarité et le cadre limité offert à la poursuite de cet objectif. La volonté de résorption de la précarité se démontre dans bien des exemples, comme avec les dispositions visant les agents contractuels âgés de plus de 55 ans qui pourront bénéficier de la reconduction de leur contrat en contrat pérenne après seulement trois années de service.

Toutefois la jurisprudence est bien vite confrontée à des situations dépassant le cadre formulé par les lois traitant de la pérennisation, qui démontrent ainsi un contour extrêmement limité lorsque l'objectif est de répondre aux situations précaires. Les effets de la consécration du contrat pérenne et la limitation de cette dernière démontre encore une fois toute la singularité du droit de la fonction publique. Mais surtout, il est une fois de plus démontré toute l'ambiguïté des nouveaux enjeux traversant la fonction publique et l'effet de « vase communicant » permanent. Les réticences et les contradictions peuvent s'expliquer très simplement : tout d'abord, par la difficile conciliation entre les principes du droit de la fonction publique et les besoins exprimés. Mais surtout, l'explication provient de l'effet

étonnant et absurde, au sens donné par Camus⁶⁵⁵, par la répétition et l'effet de cercle vicieux : plus l'agent contractuel est au cœur des dispositions, plus on conforte l'utilisation contractuelle, donc plus on précarise en contournant le statut. Tel Sisyphe et son rocher, la question de la précarisation s'avère quasi insoluble et revient continuellement : l'agent contractuel est dans une situation précaire car le recrutement contractuel est une exception et le fonctionnariat est le principe. Il faut protéger l'agent contractuel, toutefois en donnant un statut protecteur à l'agent contractuel on contourne le statut et ainsi on précarise la fonction publique en généralisant l'utilisation contractuelle.

La résorption de la précarité est ainsi une tâche bien ardue, que les récentes dispositions semblent avoir traité seulement de façon partielle.

B – Une sécurisation ciblée par le contrat pérenne

Cela a été abordé brièvement précédemment : les effets de la consécration du contrat pérenne s'avèrent caractérisés par une certaine ambiguïté, obstruant la poursuite de l'objectif de résorption de la précarité. En effet, la protection indéniable apportée aux agents contractuels se trouve toutefois très limitée, puisque la sécurisation semble ciblée (1) : elle ne concerne pas tous les agents non titulaires ou toutes les situations de l'agent contractuel. Néanmoins, malgré l'insuffisance de la protection apportée, on assiste progressivement à l'émergence d'un pré-statut de l'agent contractuel (2).

1- Une sécurisation à la portée limitée

133 - Peu d'agents non titulaires visés

La démarche est délicate, et même les syndicats ont du mal à se positionner sur la question de la résorption de la précarité : d'un côté, l'introduction du contrat pérenne est nécessaire afin de sécuriser l'agent contractuel, d'un autre côté, la réponse contractuelle est elle-même synonyme de dérogation et de précarité, généralisant un contournement du statut. Toutefois, à la simple question de savoir si les mesures récentes parviennent à atteindre leur objectif, un doute s'installe. Le cadre sécurisant de la loi de 2012 semble très restrictif, et un premier point le démontre : il ne concerne pas tous les agents non titulaires de la fonction publique.

Les lois concernent les agents contractuels, donc en contrat à durée déterminée, occupant un poste permanent depuis au moins six ans. La sécurisation cible donc une catégorie d'agents

⁶⁵⁵ CAMUS (Albert), « Le mythe de Sisyphe, essai sur l'absurde », éd. Gallimard, coll. Folio, 1942

précise et laisse de côté les autres agents non titulaires comme les agents vacataires, par exemple. Les effets de la pérennisation peuvent également s'étendre aux autres agents non titulaires : par exemple, si un contrat de vacation abusif cumulant six années de services est requalifié en contrat à durée déterminée, le renouvellement de l'agent vacataire devenu contractuel ne pourra alors se faire que pour une durée indéterminée. Toutefois, les réformes dont l'objectif affiché est de sécuriser l'agent non titulaire ne peuvent atteindre leur objectif si elles écartent un des facteurs déterminant de la précarisation : l'hétérogénéité des situations des agents non titulaires.

134 – Seuls les emplois permanents concernés

Une deuxième limitation est apportée : l'effort de sécurisation ne concerne que les agents contractuels, et seulement ceux occupant un poste permanent. La jurisprudence applique ainsi de façon stricte les textes et bien des arrêts aboutissent à un refus lorsque la question de la reconduction du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée est posée. Cette exclusion semble justifiée par de nombreux arguments. D'une part, la question cruciale de la précarisation porte sur les emplois permanents puisque c'est le point de friction entre le principe (l'occupation des emplois permanents par les fonctionnaires) et l'exception. D'autre part, tout simplement, les emplois non permanents n'ont pas vocation à durer, la question de la permanence ne semble donc pas se poser. Toutefois, on arrive à des situations « ubuesques » où un agent contractuel est recruté par contrats successifs sur des emplois non permanents durant près de dix ans. La question de la permanence se pose indubitablement. A l'appui des différents arguments, l'exclusion de certains agents pourrait donc constituer un manquement, lorsque la tâche est de sécuriser l'emploi contractuel dans la fonction publique.

135 – Une durée de contrat incompatible avec les exigences de sécurisation

Enfin, une dernière limitation peut être relevée et réside très simplement dans la durée même prévue pour un contrat à durée déterminée. Il est disposé qu'un contrat à durée déterminée, renouvellement inclus, ne peut excéder six ans ; à l'échéance de ce terme il ne pourra être reconduit que pour une durée indéterminée. Tout d'abord, il semble bien évident que la durée de trois ans conservée s'explique par des raisons tenant à la praticité. En effet, pour des raisons pratiques on a conservé et rappelé qu'un contrat à durée déterminée est en principe conclu pour trois ans, et peut être renouvelé une fois. Néanmoins, si l'objectif est de sécuriser, réduire la durée du contrat à durée déterminée de moitié, comme en droit du travail, serait plus opportun. Il s'agit encore une fois, d'une différenciation majeure de conception entre le

droit du travail et le droit de la fonction publique. En droit du travail, le contrat à durée déterminée est considéré comme un contrat précaire, dont le recours est extrêmement encadré avec des exigences tenant aux motifs et au formalisme. En droit de la fonction publique, le contrat à durée déterminée n'est pas envisagé comme un contrat précaire, puisque le contrat est par essence précaire et déroge au principe statutaire. Le contrat n'est pas envisagé comme un « tremplin » mais comme une variable d'ajustement venant combler les faiblesses statutaires et les besoins auxquels le fonctionnariat ne peut répondre.

Encore une fois, c'est une erreur d'appliquer la logique « travailliste » comme comparaison puisque les deux droits ont deux approches bien singulières, et surtout un objet et des problématiques bien différentes.

La sécurisation amorcée par les récentes dispositions semble ainsi ciblée, et ne s'attaque pas à tous les facteurs précarisant de la fonction publique. Il s'agit bien évidemment d'avancées, mais ces dernières s'avèrent insuffisantes. Les caractéristiques de l'utilisation contractuelle dans la fonction publique se distinguent à nouveau : un pansement sans traitement préalable. On recouvre partiellement les problèmes avec l'insertion d'un nouveau contrat, le contrat pérenne, et on use encore une fois de la fonction curative abusivement attribuée au contrat. Cependant les dilemmes persistent : la précarité dans la fonction publique est à peine contenue, et l'opposition constante entre le principe statutaire et le recrutement contractuel s'amplifie par la reconnaissance d'une nouvelle forme de pérennisation des relations entre l'État et ses agents. Peut-être que l'impatience serait le premier pêché lorsqu'un tableau relativement pessimiste est dressé quant à l'effort de sécurisation entamé pour les agents contractuels, car néanmoins un pré-statut s'étoffe progressivement et répond à de nombreuses problématiques soulevées dès l'insertion du contrat pérenne dans la fonction publique.

2 - Une sécurisation en construction

136 – Un statut de l'agent contractuel en construction

L'insertion du contrat pérenne reconnu en 2005 avait laissé de nombreuses questions en suspens qui ont rapidement été relevées par la doctrine. Ainsi, Didier Jean-Pierre s'inquiétait déjà des conséquences de la consécration du contrat à durée indéterminée : concernant les agents contractuels engagé par un contrat pérenne, il expliquait « *qu'il faudra bien leur prévoir une carrière, une évolution de la rémunération, un régime indemnitaire et des*

responsabilités à assumer »⁶⁵⁶. Autrement dit, on ne peut introduire le contrat pérenne sans créer un statut à l'agent contractuel en conséquence. Il aura fallu beaucoup de patience mais il est opportun d'affirmer qu'un statut de l'agent contractuel est en construction⁶⁵⁷. Une première étape a été franchie dans la fonction publique d'État avec le décret du 21 mars 2014 relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'État⁶⁵⁸ dont certains apports s'avèrent essentiels à la construction d'un statut de l'agent contractuel. Le décret reconnaît ainsi notamment une « *portabilité des droits des agents contractuels liés à des conditions d'ancienneté* » et répond partiellement aux questions relatives à la mobilité posées précédemment : « *Par exemple, la mobilité de ces agents détenteurs de CDI s'avère pour l'instant impossible puisque ces contrats ne sont pas transférables d'une collectivité à une autre* »⁶⁵⁹. La carrière de l'agent contractuel est également traitée dans le décret de mars 2014 puisqu'un entretien d'évaluation est prévu pour les agents contractuels recrutés par un contrat à durée déterminée de plus d'un an. Le décret ajoute différentes dispositions relatives à la rédaction du contrat. Faisant suite au précédent décret, le décret du 3 novembre 2014⁶⁶⁰ relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État, étudié auparavant, est venu apporter un réel apport à la construction d'un statut de l'agent contractuel. De nouvelles garanties ont donc été consacrées comme par exemple le droit au reclassement.

Toutefois cette insertion n'est pas nouvelle et semble conforme à la jurisprudence qui avait déjà consacré un droit au reclassement pour les agents contractuels. Un arrêt du Conseil d'État en date du 2 octobre 2002⁶⁶¹ reconnaissait l'existence d'un principe général du droit suivant lequel l'employeur doit rechercher une solution de reclassement à l'agent inapte physiquement, ou si cela n'est pas possible, procéder à son licenciement. Le droit au

⁶⁵⁶ JEAN-PIERRE (Didier), « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 Juillet 2005 », *loc. cit.*

⁶⁵⁷ MONIOLLE (Carole), « Un renforcement des droits et de la logique statutaire des contractuels de l'État », in : *AJDA*, 2015, p 239

⁶⁵⁸ Décret n° 2014-364 du 21 mars 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 23 mars 2014, n° 0070, texte n° 16

⁶⁵⁹ JEAN-PIERRE (Didier), « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 Juillet 2005 », in : *La semaine juridique administrations et collectivités territoriales*, *loc. cit.*

⁶⁶⁰ Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 5 novembre 2014, n°0256

⁶⁶¹ CE, 2 octobre 2002, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, n° 227868, *Recueil Lebon* p 319, concl. D. Piveteau ; *AJDA* : 2002, p 1294, note M.-C. de Montecler ; *AJFP* : 2002, p 41 : « Considérant qu'il résulte d'un principe général du droit, dont s'inspirent tant les dispositions du code du travail relatives à la situation des salariés qui, pour des raisons médicales, ne peuvent plus occuper leur emploi que les règles statutaires applicables dans ce cas aux fonctionnaires, que lorsqu'il a été médicalement constaté qu'un salarié se trouve de manière définitive atteint d'une inaptitude physique à occuper son emploi, il appartient à l'employeur de le reclasser dans un autre emploi et, en cas d'impossibilité, de prononcer, dans les conditions prévues pour l'intéressé, son licenciement ».

reclassement de l'agent contractuel a été réaffirmé à diverses reprises par la jurisprudence notamment par la Cour administrative d'appel⁶⁶². En 2013 le Conseil d'État⁶⁶³ a également reconnu conjointement la possibilité pour l'administration d'écarter un agent pour un fonctionnaire, et un principe général du droit en vertu duquel l'administration doit chercher à reclasser l'agent contractuel recruté en contrat à durée indéterminée, avant de pouvoir prononcer le licenciement de ce dernier pour procéder à l'affectation d'un fonctionnaire sur l'emploi correspondant. Un autre point se distingue : la cessation des fonctions de l'agent contractuel. Le licenciement était également une question essentielle, désormais en partie résolue par le décret⁶⁶⁴. En plus des dispositions claires explicitant le licenciement, la loi prévoit surtout une procédure et des droits en faveur de l'agent contractuel comme la communication du dossier. Outre la faute disciplinaire, l'insuffisance professionnelle ou encore l'inaptitude physique, le licenciement sera justifié dans les cas suivants : « *La suppression du besoin ou de l'emploi qui a justifié le recrutement de l'agent* », ou encore « *La transformation du besoin ou de l'emploi qui a justifié le recrutement, lorsque l'adaptation de l'agent au nouveau besoin n'est pas possible* ». L'émergence d'un statut est donc indéniable : la mobilité, la carrière, le reclassement et le licenciement sont explicités et viennent répondre à l'objectif de sécurisation de l'agent contractuel en difficulté dont le manque de cadre constitue un des premiers facteurs précarisant. Toutefois, un autre élément caractéristique peut être soulevé : la démonstration d'une extension des règles statutaires vers l'agent contractuel.

137 – L'étonnante consécration statutaire dans le régime consacré à l'agent contractuel

En dépit du socle contractuel, on assiste à un paradoxe bien étonnant : l'extension des règles statutaires vers l'agent contractuel. L'énoncé précédant peut susciter la curiosité car bien des éléments posant question pouvaient trouver réponse par la voie contractuelle ; toutefois le décret de 2014, précédemment abordé, démontre un glissement des règles statutaires vers l'agent contractuel et ainsi une liberté contractuelle toujours « muselée ». Deux éléments nouveaux apportés par le décret de novembre 2014 peuvent en témoigner : la période d'essai et la rémunération de l'agent contractuel. En principe ce sont deux éléments qui par essence

⁶⁶² CAA, Marseille, 21 octobre 2008, *Mme X ctre CROUS de Montpellier*, n°06MA02910, *Recueil Lebon* ; CAA, Lyon, 19 juin 2012, *Mme A ctre Commune de Gonesse*, n° 13VE01222, *AJFP* 2014, p 367

⁶⁶³ CE, Avis, 25 septembre 2013, n° 365139, *JORF* : 28 septembre 2013, n°0226

⁶⁶⁴ Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 5 novembre 2014, n°0256, article 11 : « L'agent contractuel peut être licencié pour un motif d'insuffisance professionnelle. L'agent doit préalablement être mis à même de demander la communication de l'intégralité de toute pièce figurant dans son dossier individuel, dans un délai suffisant permettant à l'intéressé d'en prendre connaissance. Le droit à communication concerne également toute pièce sur laquelle l'administration entend fonder sa décision, même si elle ne figure pas au dossier individuel ».

se négocient, se prévoient, s'aménagent, or on assiste à « *un renforcement du champ statutaire* »⁶⁶⁵. Le décret prévoit ainsi des dispositions relatives à la période d'essai de l'agent. Cette dernière pourra être insérée dans le contrat. Toutefois, la durée de la période d'essai sera encadrée de façon proportionnelle à la durée du contrat, par exemple elle sera de deux mois lorsque le contrat à durée déterminée est conclu pour une durée inférieure à deux ans, ou de quatre mois lorsque le contrat est conclu à durée indéterminée.

Un régime progressif en matière de rémunération se distingue également. Le décret de novembre 2014 prévoit ainsi dans son article 2 que la rémunération sera « *fixée par l'autorité administrative, en prenant en compte, notamment, les fonctions occupées, la qualification requise pour leur exercice, la qualification détenue par l'agent ainsi que son expérience* »⁶⁶⁶. La rémunération de l'agent contractuel en contrat à durée indéterminée sera réévaluée, au moins tous les trois ans, suivant le résultat des entretiens professionnels. Il en va de même pour l'agent contractuel recruté à durée déterminée sous réserve que la durée ait été effectuée de façon continue.

Ces deux questions traitées sont ainsi très démonstratrices : l'utilisation contractuelle et la liberté en découlant demeure maintenue, les habitudes statutaires prenant bien vite le dessus. Cette extension statutaire s'avère toutefois essentielle, car la doctrine craignait la rapide émergence de contrats à durée indéterminée éparses, aux multiples profils et combinaisons possibles. Or, l'insertion de dispositions statutaires limite l'hétérogénéité et garantit, pour certaines questions, une égalité de traitement entre les agents contractuels.

Le rapprochement du fonctionnariat vers le contractuel se démontre enfin par un dernier élément : l'instauration d'une procédure particulière en cas de modification d'un élément substantiel du contrat de travail. L'administration pourra « *en cas de transformation du besoin ou de l'emploi qui a justifié le recrutement de l'agent contractuel recruté pour un besoin permanent* »⁶⁶⁷, proposer la modification d'un élément substantiel du contrat de travail comme la quotité de temps de travail, ou encore le changement du lieu de travail à l'agent. Toutefois, l'administration devra recueillir l'accord de l'agent, et « *à défaut de réponse dans le délai d'un mois, l'agent est réputé avoir refusé la modification proposée* »⁶⁶⁸. On est ainsi bien loin du pouvoir de modification unilatérale de l'administration ; toute l'originalité du

⁶⁶⁵ MONIOLLE (Carole), « Un renforcement des droits et de la logique statutaire des contractuels de l'État », *loc. cit.*

⁶⁶⁶ Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 5 novembre 2014, n°0256, article 2

⁶⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁶⁸ *Ibid.*

décret exprimé par cet exemple démontre une fois de plus une certaine assimilation des règles propres au fonctionnaire dans le régime de l'agent contractuel.

Il est donc indéniable qu'un statut de l'agent contractuel est en construction et s'étoffe progressivement. Dans la fonction publique d'État prise en exemple, les questions de carrière, de rémunération, de licenciement ou encore de reclassement sont abordées et le statut se complète au fil des décrets. Toutefois la construction est intéressante car elle est caractéristique de l'utilisation contractuelle dans la fonction publique. L'objectif de sécurisation apparaît partiellement rempli puisqu'un cadre protecteur se construit pour l'agent contractuel. Toutefois, les règles protectrices ne sont pas toujours contractuelles bien au contraire, et on assiste à une autre caractéristique : l'extension des règles statutaires vers l'agent contractuel. Peut-être devrait-on y entrevoir une certaine méfiance à l'égard du contrat lorsqu'on souhaite protéger. Dès lors, il s'agirait possiblement d'un aveu dissimulé, démontrant que les objectifs de protection et de résorption de la précarité ne peuvent être poursuivis que par la voie statutaire.

Partie 2 : Un constat de précarisation de la fonction publique

« *Ce qui fait d'un problème un problème, c'est de contenir une contradiction* »⁶⁶⁹. Comme l'exprime cette citation, les problématiques autour de la pérennisation du contrat relevées portent une contradiction apparente : certes le contrat pérenne, avec, à sa suite, la reconnaissance d'une seconde relation à durée indéterminée apposée aux côtés du statut permet de sécuriser l'agent contractuel, qui se trouve autrement dans une situation précaire. Toutefois, les effets de la pérennisation démontrent une efficacité relative dans la lourde tâche de résorber la précarité, mais également des effets contraires qui, bien que sécurisant d'un côté, alimentent à la source les éléments précarisant. L'origine de la précarisation de la fonction publique tient à la systématisation de la réponse contractuelle, véritable remède miracle aux problématiques, bien que la réponse apportée soit un nouveau contrat. Les effets de la pérennisation sont ainsi divers et diffus, avec la consécration d'un phénomène relevé à de nombreuses reprises comme la contractualisation de la fonction publique, l'affirmation d'une frontière entre droit du travail et droit de la fonction publique de plus en plus friable et surtout un certain désaveu de la logique statutaire (Titre 1). Néanmoins, si l'objectif est véritablement de contenir la précarité dans la fonction publique, des solutions peuvent être apportées afin de mettre fin à cette contradiction. Ces mesures indispensables, lorsque tel est le souhait, s'orientent vers un nécessaire recadrage de la notion et des situations des agents non titulaires, mais surtout vers une réaffirmation de l'attachement au particularisme du droit de la fonction publique : le choix d'une approche statutaire, seule garante d'une protection et d'une sécurité des agents de la fonction publique (Titre 2).

Titre 1 : Une précarité non contenue par la pérennisation du contrat

Le contrat pérenne satisfait à un objectif de sécurisation des situations de certains agents contractuels. Toutefois la pérennisation du contrat, entendue dans sa globalité, à savoir le contrat pérenne mais aussi l'installation durable de la convention dans les pratiques, démontre dans ses effets une persistance d'une précarité dans la fonction publique. La pérennisation du contrat participe à l'installation d'un phénomène qui se développe depuis des années : la contractualisation de la fonction publique. La systématisation de la réponse contractuelle participe à l'insertion progressive du mécanisme contractuel dans des domaines où on ne s'y attendait pas ou seulement de façon exceptionnelle, comme avec le contrat à durée

⁶⁶⁹ Citation de José Ortega y Gasset

indéterminée (Chapitre 1). Un autre effet immédiat est également à relever par la pérennisation du contrat et la consécration du mécanisme contractuel : un certain délaissement de l'approche statutaire. Si le contrat pérenne sécurise des situations, il contourne toutefois le statut et amène à se demander si la volonté première n'est pas celle de l'installation d'une alternative au statut (Chapitre 2). Toute la contradiction de la pérennisation du contrat réside dans ses effets : si le contrat pérenne sécurise, il ne résout en rien les difficultés engendrant la précarité dans la fonction publique puisqu'il contourne les principes régissant le droit de la fonction publique.

Chapitre 1 : Une consécration du phénomène de contractualisation dans la fonction publique

L'insertion progressive et accentuée du mécanisme contractuel dans la fonction publique démontre une contractualisation de la fonction publique, qui se tourne de façon répétée et systématique vers la convention afin de résoudre diverses problématiques en instaurant un dialogue ou une négociation avec ses agents (section 1). Le contrat pérenne apparaît ainsi comme un « quasi aboutissement » de la contractualisation de la fonction publique puisqu'il comporte deux éléments : l'installation durable du contrat, tout en liant l'agent à l'administration pour une durée indéterminée. On pourrait ainsi y entrevoir l'insertion d'un mécanisme contractuel dans le recrutement, poussée à son paroxysme. Toutefois, l'effet de systématisation de la réponse contractuelle comporte de nombreuses difficultés et ne semble pas répondre, ou de façon partielle, à l'objectif de sécurisation des agents non titulaires de la fonction publique. La contractualisation de la fonction publique souligne de plus un métissage progressif entre le droit de la fonction publique et le droit du travail (section 2). Le contrat pérenne s'avère ainsi un parfait exemple d'une frontière entre les deux droits de plus en plus floue, où les différentes règles se croisent, s'associent et s'imitent. Néanmoins, les emprunts répétés soulèvent la question de la singularité des deux droits et la crainte d'une dénaturaison de ces derniers.

Section 1 : Une systématisation de la réponse contractuelle

La systématisation, l'action de systématiser c'est-à-dire « *réduire quelque chose en système*⁶⁷⁰ », est employée car le mécanisme contractuel et son utilisation correspondent à « *un ensemble de procédés, de pratiques organisées, à assurer une fonction définie*⁶⁷¹ ». La contractualisation de la fonction publique révèle ainsi un système contractuel propre et

⁶⁷⁰ www.larousse.fr

⁶⁷¹ *Ibid.*

distinct s'insérant progressivement dans la fonction publique et dont le contrat pérenne s'avère un parfait corolaire (1§). Il s'agit d'une installation durable d'un système contractuel adapté à la fonction publique dont les fonctions sont diverses. On retrouve les caractéristiques de séduction du contrat administratif, parfois critiquées, comme la fonction curative contractuelle ou encore la modernisation de la fonction publique *via* la convention (2§). La contractualisation de la fonction publique et le contrat pérenne composent ainsi un système contractuel dont l'assise se démontre de façon progressive. La pérennisation du contrat témoigne également d'une réponse répétée et systématiquement axée sur le contrat, alors même que l'effectivité des vertus contractuelles suscite des interrogations.

1 § La contractualisation de la fonction publique

La contractualisation de la fonction publique se détermine par l'insertion progressive du mécanisme contractuel dans les pratiques, dont le recrutement sera l'objet d'une plus grande attention (A). Afin d'avoir une vision globale du phénomène de contractualisation il convient de définir ce dernier et d'en évaluer l'étendue à travers différents exemples parlants. Toutefois, au-delà du phénomène de contractualisation en lui-même, il s'agit bien d'un changement progressif d'idéologie et de volonté politique s'identifiant à travers l'insertion contractuelle qui se développe (B). Malgré les avantages procurés par le recours au contrat, l'extension du mécanisme contractuel opérée n'apparaît parfois ni opportune, ni efficace.

A – L'insertion progressive du mécanisme contractuel

Le phénomène de contractualisation ne cesse de préoccuper la doctrine. Le mécanisme se définit par une insertion du mécanisme contractuel dans des domaines où il n'était pas attendu (1). La définition du phénomène est toutefois bien complexe du fait des emprunts philosophiques sur lesquels elle repose, et son étendue est relativement vaste. Des domaines très variés succombent progressivement à l'attractivité contractuelle et témoignent d'une volonté nouvelle et d'une systématisation de l'utilisation contractuelle (2).

1 – Le phénomène de contractualisation

138 – Définition de la contractualisation

La définition de la contractualisation est complexe et incomplète car elle repose sur divers éléments : des emprunts philosophiques, une idéologie, ou encore un choix tourné davantage vers la négociation par exemple. Selon Gérard Cornu, dans le vocabulaire juridique, la contractualisation est : « *un choix politique juridique en faveur d'un traitement contractuel*

des questions »⁶⁷². Concrètement, au-delà de la volonté politique tournée vers le mécanisme contractuel, qu'est-ce que la contractualisation ? La contractualisation constitue la partie engagée et idéologique d'une autre notion importante : le contractualisme. Pour Laurent Richer, le contractualisme est un terme neutre, ne renvoyant pas à des notions « *d'idéologie ou de mythologie* », qui « *désigne un phénomène politico-juridique qui consiste, d'une part, à voir des contrats dans de nombreuses relations en apparence étrangères à l'idée d'accord de volonté, d'autre part à introduire effectivement le contrat dans des domaines où il n'avait pas pénétré antérieurement* »⁶⁷³. Autrement dit, le contractualisme désigne l'insertion du mécanisme contractuel dans des domaines où on ne l'attendait pas, et la contractualisation vise également le traitement contractuel de questions antérieurement étrangères au contrat, dont la volonté est politique ou idéologique. Le terme de « contractualisation » sera préféré afin d'établir une notion plus générale, comprenant tous les paramètres et volontés sous-jacents à l'insertion contractuelle dans la fonction publique.

Le deuxième terme mentionné dans l'intitulé est « phénomène » : ce dernier est, selon sa définition première, un « *fait naturel constaté, susceptible d'étude scientifique, et pouvant devenir un sujet d'expérience* »⁶⁷⁴, on parle par exemple scientifiquement du phénomène de la radioactivité. Appliquée à notre notion juridique, la contractualisation constitue ainsi un fait, se produisant dans divers domaines dont la fonction publique, susceptible d'étude scientifique et qui peut ainsi s'avérer un sujet d'expérience productif et intéressant lorsqu'on traite de la place du mécanisme contractuel et de son insertion en droit de la fonction publique. Toutefois, d'autres définitions peuvent également expliquer le choix du terme employé ; ainsi le phénomène serait également un « *fait observé, en particulier dans son déroulement ou comme manifestation de quelque chose d'autre* »⁶⁷⁵. Cette définition correspond ainsi précisément à l'étude de la contractualisation, puisque derrière ce fait et son exécution progressive, se dessinent d'autres éléments comme une volonté politique, un choix tourné vers le contrat, où le contrat pérenne trouve sa source en dehors des objectifs de sécurisation. De plus, le terme de phénomène est intéressant puisqu'il donne une impression de mouvement, quelque chose qui se produit progressivement, à l'image de la contractualisation.

⁶⁷² CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p 228

⁶⁷³ RICHER (Laurent), *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p 44

⁶⁷⁴ www.larousse.fr

⁶⁷⁵ *Ibid.*

Cela a été étudié auparavant concernant le contrat administratif, mettant en lumière son regain d'intérêt et les critiques dont il est l'objet ; toutefois on ne peut aborder la contractualisation sans évoquer les influences philosophiques et les emprunts effectués. Au-delà de Jean-Jacques Rousseau et son contrat social⁶⁷⁶, le contractualisme se caractérise par une influence forte des idées et postulats énoncés par Pierre-Joseph Proudhon. Laurent Richer parle ainsi d'un « *proudhonisme diffus* » à l'origine du contractualisme⁶⁷⁷. Proudhon est un philosophe aux influences diverses ayant lui-même donné matière à diverses théories et concepts politiques : il a ainsi exercé une influence forte dans les courants socialistes, mais aussi dans les mouvements syndicalistes révolutionnaires ou encore étonnamment dans le fédéralisme conservateur. Bien que l'œuvre de Proudhon ne soit pas connue pour tous ses aspects très discutés comme en matière de droit des femmes pour lequel il adoptait une position très hostile marquée d'un patriarcat assumé⁶⁷⁸ ou encore dans des écrits constituant les origines d'une forme d'antisémitisme dit socialiste⁶⁷⁹, Proudhon fut davantage reconnu pour sa conception politique et contractuelle. C'est bien évidemment la dimension contractuelle qui sera étudiée, puisqu'on y retrouve les origines et sources du contractualisme moderne. Dans son œuvre *Idées générales de la Révolution au XIX^{ème} siècle, choix d'étude sur la pratique révolutionnaire et industrielle*, Proudhon écrit : « *Le contrat social est l'accord de l'homme avec l'homme, accord duquel doit résulter ce que nous appelons la société* »⁶⁸⁰. Proudhon croit en l'idée de justice et d'égalité, chères aux révolutionnaires, et tout le système qu'il propose et imagine s'articule autour d'une « *association* »⁶⁸¹ dont le contrat est l'instrument essentiel. Toutefois, le contrat social de Proudhon s'éloigne de la fiction de Rousseau, et doit être concret : « *librement débattu* »⁶⁸², « *individuellement consenti* »⁶⁸³, « *signé* »⁶⁸⁴, négocié, voté. La justice doit nécessairement s'accompagner d'autorité or la société ne peut être juste sans que chacun ne puisse être impliqué, consulté, et que les volontés ne soient clairement retranscrites dans un pacte : le contrat dont « *l'idée est exclusive de celle de gouvernement* »⁶⁸⁵. La justice « *commutative* »⁶⁸⁶ repose ainsi sur le contrat et s'oppose à la

⁶⁷⁶ ROUSSEAU (Jean-Jacques), « Du contrat social ou Principes du droit politique », 1762

⁶⁷⁷ RICHER (Laurent), *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, p 45

⁶⁷⁸ PROUDHON (Pierre- Joseph), « De la justice dans la révolution et dans l'Eglise », tome 1, 1858

⁶⁷⁹ PROUDHON (Pierre – Joseph), « Carnets », 26 décembre 1847

⁶⁸⁰ PROUDHON (Pierre- Joseph), « Idées générales de la révolution au XIX^{ème} siècle, choix d'étude sur la pratique révolutionnaire et industrielle », 1851, p 123

⁶⁸¹ *Ibid.*, p 78

⁶⁸² *Ibid.*, p 126

⁶⁸³ *Ibid.*, p 126

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p 126

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p 124

justice « *distributive, de règne des lois, de régime féodal, gouvernemental ou militaire* »⁶⁸⁷. Le pacte, ou le contrat est ainsi envisagé par Proudhon comme une convention par laquelle un ou plusieurs chefs de famille, une ou plusieurs communes, un ou plusieurs groupes de communes d'État, s'obligent réciproquement et de façon égalitaire, sous l'exécution et le contrôle exclusifs des délégués de la fédération. Tout le système fédéral, opposé à l'État unitaire et centralisé, repose ainsi sur la notion de contrat, qui sera synallagmatique et commutatif. Ainsi pour Proudhon, « *le contrat résout tous les problèmes. Le producteur traite avec le consommateur, l'associé avec sa compagnie, le paysan avec sa commune, la commune avec le canton, le canton avec le département, etc... C'est toujours le même intérêt qui transige, se liquide, s'équilibre, se répercute à l'infini* »⁶⁸⁸. Si la contractualisation emprunte différentes théories, comme celle de Rousseau par exemple, et s'oppose à celle de Duguit, Proudhon semble avoir également influencé les politiques actuelles et surtout ses œuvres permettent de les expliquer. Aujourd'hui le contrat et le choix politique tourné en sa faveur sont devenus un instrument de gouvernement, en opposition sur ce point avec Proudhon, et se trouvent au cœur d'une politique administrative.

140 – Une volonté politique à l'origine de la contractualisation

Le sujet a été traité de façon éparse, mais comme la définition du phénomène de contractualisation l'impose, derrière une utilisation répétée du mécanisme contractuel se trouve une volonté politique. Ce changement d'idéologie est entendu au sens premier du terme : « *Système d'idées générales constituant un corps de doctrine philosophique et politique à la base d'un comportement individuel ou collectif* »⁶⁸⁹. Le contrat, comme l'expliquait auparavant Proudhon, véhicule l'idée d'une individualisation, un consentement libre, négocié, tout simplement une implication de chaque individu. Les exigences contemporaines démontrent que l'autorité ne peut plus s'exercer, du moins s'imposer, par elle-même, à travers des règles édictées auxquelles chacun se conforme sans donner mot, mais doit être consenti avec l'implication de chacun dans le processus de décision. On se tourne ainsi davantage vers le contrat qui permet de sceller un consentement, un pacte, où chacun s'engage et prend part à travers la négociation. Proudhon revendiquait cette approche, mais semblait y associer une vision relativement idéaliste ou utopiste. Si ce changement d'idéologie en termes d'exercice de l'autorité comporte de nombreux points *a priori* positifs,

⁶⁸⁶ PROUDHON (Pierre- Joseph), « Idées générales de la révolution au XIXème siècle, choix d'étude sur la pratique révolutionnaire et industrielle », *op. cit.*, p 123

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p 124

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p 310

⁶⁸⁹ www.larousse.fr

il ne s'agit ni plus, ni moins que d'une forme de détournement dont l'effectivité est remise en cause. À travers le contrat, on distille l'idée d'un consentement, d'une négociation, et finalement il est bien plus simple de se conformer à une règle lorsqu'on a participé à l'édition de cette dernière, et à laquelle on a donc préalablement consenti. Toutefois, on pourrait y entrevoir une autre forme d'asservissement, moins brutale, et surtout consentie. Le contrat est devenu progressivement une technique de gouvernement à l'effectivité floue car la convention semble parfois dénaturée et n'apporter que de grandes lignes de conduite visant à permettre une négociation. Ainsi, comme l'indiquaient F. Dupuy et J-C Thoenig « *la règle n'est pas faite pour être appliquée, mais pour qu'au sujet de son application une négociation puisse s'engager* »⁶⁹⁰. Les deux auteurs l'exprimaient autrement : « *le contrôle administratif d'une manière générale ne peut être qu'une négociation entre le contrôleur et le contrôlé* »⁶⁹¹. Concrètement cette citation, bien que traitant d'un autre sujet, explique toute la substance de l'emploi contractuel qui réussit la prouesse de permettre l'exercice de l'autorité par un « consentement-illusion », car on ne peut contrôler sans négocier avec le contrôlé, on ne peut contraindre sans négocier avec la personne contrainte. La volonté politique dissimulée derrière la contractualisation réside ainsi dans l'illusion d'une participation, dans le leurre d'une implication partagée. La négociation est à première vue le mécanisme le plus juste, qui permet un compromis et des concessions afin de former une entente. Mais le « *Qui dit contractuel dit juste* »⁶⁹², pourrait se dédoubler par un « *Qui dit négocié dit juste* » et subir aussi bien toutes les remises en cause actuelles, la négociation n'étant pas toujours le berceau de l'égalité. Tout dépend de ce qui est négocié (une infime partie d'un texte, une partie accessoire, etc...), du moment où est entamée la négociation (si elle n'intervient pas dès le début, elle peut perdre toute son attractivité), et surtout du rapport de force instauré. Autrement dit, l'exercice de l'autorité n'aurait que peu changé, seule la technique de gouvernement est modifiée et permet un passage plus habile par le contrat. Bien évidemment, la technique contractuelle est déjà très largement employée parmi les techniques managériales dans le secteur privé, depuis bien longtemps. L'insertion dans la fonction publique du management, au travers du « *new public management* », préalablement étudié, est également une raison expliquant l'utilisation contractuelle ainsi que la contractualisation « rampante ». La volonté d'une intégration des techniques du secteur privé dans le secteur public conduit ainsi également à la contractualisation dans la fonction publique.

⁶⁹⁰ DUPUIS (François), THOENIG (Jean-Claude), *L'administration en miettes*, Paris : Fayard, 1985, 316 p, p 191

⁶⁹¹ *Ibid.*, p 138

⁶⁹² Citation d'Alfred Fouillée

141 – La pérennisation du contrat, la contractualisation à son paroxysme

Différentes interactions s'opèrent entre les deux notions de contractualisation et de pérennisation. La contractualisation est tantôt l'effet, tantôt la cause de la pérennisation. Tout d'abord, l'insertion progressive d'un mécanisme contractuel dans des domaines inattendus en droit de la fonction publique, entraîne la pérennisation du contrat, l'installation durable du contrat dans la fonction publique. Inversement, la volonté d'installer de façon pérenne le contrat se traduit par une contractualisation et l'avènement contractuel dans des domaines étrangers à la convention. D'autre part, le contrat pérenne est perçu comme la contractualisation poussée à son paroxysme. Le paroxysme est « *le plus haut degré d'un phénomène* »⁶⁹³. Le phénomène de contractualisation semble ainsi atteindre son plus haut degré par le contrat pérenne, car non seulement s'insère et s'installe un mécanisme inattendu à côté du principe statutaire, mais avec le contrat pérenne se crée une deuxième relation à durée indéterminée. Le contrat, comme exception, s'installe progressivement en droit de la fonction publique au point de soulever aujourd'hui des questionnements. Mais c'est désormais un contrat pérenne, non assorti d'un terme, qui vient se juxtaposer au statut, ce qui constitue l'aboutissement d'une logique contractuelle qui ne s'utilise plus seulement de façon momentanée, mais sur le long terme, qui se place finalement aux côtés du principe statutaire.

2 - L'étendue du phénomène de contractualisation

142 – Un phénomène généralisé

Étudier l'étendue du phénomène de contractualisation permet d'établir un périmètre au phénomène. Tout d'abord, il convient de se demander si la contractualisation constitue un fait constaté seulement en droit de la fonction publique ou si au contraire ce même phénomène est observé dans d'autres domaines du droit. Un bref panorama des expressions d'un phénomène de contractualisation dans les divers domaines du droit, comme le droit de la famille, le droit des sûretés ou encore le droit du travail permet ainsi de dresser diverses conclusions. Lorsqu'on traite de l'étendue du phénomène de contractualisation, il est clair que ce dernier dépasse les frontières du droit de la fonction publique et du droit public en général et se retrouve, différemment mais avec une intensité similaire, dans des domaines très variés du droit. Il s'agit donc d'un phénomène généralisé. Également, la vaste étendue du phénomène démontre que l'exécution de ce dernier provient d'une volonté, d'une idéologie, traversant tous les domaines dont le contrat est l'expression absolue. Il est fort logique que la volonté

⁶⁹³ www.larousse.fr

démontrée, d'une préférence contractuelle justifiée par une volonté d'implication, de consentement, parfois demeurant dans l'ordre de l'illusion, imprègne le droit de façon générale. Ensuite, ce qui est également intéressant réside dans les critiques, ou du moins les réserves, accolées au phénomène de contractualisation. Comme cela a été exprimé en droit de la fonction publique, le droit du travail et la place consentie à l'espace contractuel posent les mêmes constats : celle d'une contradiction entre la liberté procurée par le mécanisme contractuel et la précarité engendrée de façon concomitante avec un effacement de la protection statutaire.

En droit de la famille par exemple, on retrouve une contractualisation progressive concernant la rupture ou encore le PACS (pacte civil de solidarité). Si le mariage est à la fois institutionnel et contractuel, le PACS relève uniquement du domaine conventionnel. Progressivement, diverses mesures tendent vers une contractualisation comme le divorce par consentement mutuel ou encore avec la prise en considération des pactes parentaux dans la dévolution du nom de famille ou l'exercice de l'autorité parentale. Le droit des sûretés peut également constituer un exemple probant d'une contractualisation concernant les sûretés réelles. *A priori* opposé au droit des sûretés personnelles, le droit des sûretés réelles a toutefois connu une forte contractualisation favorisée par le fait que les sûretés réelles ne constituaient pas un endettement pour autrui suggérant une méfiance particulière, et le droit hypothécaire par exemple s'est progressivement placé sous la tutelle contractuelle.

Enfin, le droit du travail est également l'objet d'une contractualisation croissante et progressive, concernant le contrat de travail lors de la conclusion du contrat ou encore lors de la rupture de ce dernier comme, notamment, peut le démontrer la rupture conventionnelle. Toutefois la contractualisation est encore plus présente concernant le contrat collectif de travail qui a subi les plus grandes transformations. Progressivement, la norme conventionnelle prend plus d'importance que la norme étatique et le constat énoncé en droit de la fonction publique se retrouve de façon similaire en droit du travail. Les mêmes remarques se retrouvent en droit du travail face au phénomène de contractualisation. Alain Supiot l'exprime ainsi : « *Le phénomène dit de contractualisation ne consiste donc nullement en un reflux de la loi face au contrat ni en un recul du dirigisme face au laissez-faire. Loin de signifier un retour aux origines contractuelles du droit du travail, il s'exprime par l'apparition de nouveaux concepts et de nouvelles techniques juridiques qui visent à dépasser l'opposition de l'hétéronomie et de l'autonomie. Au lieu de soumettre les relations de travail à des règles imposées de l'extérieur ou bien de s'en remettre au contraire au libre jeu du rapport de*

*forces entre employeurs et salariés, on s'efforce d'associer les uns et les autres à la définition et à la mise en œuvre des règles nécessaires au bon fonctionnement du marché du travail »⁶⁹⁴. Toutefois, les mêmes réserves que celles relevées en droit de la fonction publique sont également apportées : Alain Supiot le démontre à nouveau puisque pour ce dernier un des effets du phénomène de contractualisation et de l'insertion contractuelle progressive est celle du « *démantèlement des statuts* »⁶⁹⁵. Ainsi, pour le Professeur, la remise en cause statutaire est la contrepartie de la progression contractuelle, tandis que le démantèlement statutaire « *vise à émanciper les hommes de toutes les normes susceptibles de limiter ce qu'ils sont et ce qu'ils font, et concerne donc aussi bien l'état civil que l'état professionnel des personnes. Émancipation doit être entendue ici avec toute l'ambivalence de cette vieille notion juridique : en même temps qu'elle les libère, l'émancipation prive les hommes de toutes les sécurités que leur apportait leur statut antérieur* »⁶⁹⁶.*

143 – L'expression du phénomène en droit de la fonction publique

La préférence contractuelle inonde le droit de la fonction publique et la contractualisation se retrouve de façon transversale dans des domaines très variés. Divers exemples peuvent être exposés, comme en matière d'administration territoriale, toutefois un des plus probants sera sélectionné en matière de contractualisation : le domaine du droit de la négociation collective. Concernant le dialogue social de façon générale, le phénomène de contractualisation semble très présent et s'avère très démonstratif.

Bien que le préambule de 1946 reconnaisse des droits sociaux aux fonctionnaires comme aux salariés, le statut général de la fonction publique ne fait nullement référence au domaine de la négociation. Toutefois, la question de la négociation dans la fonction publique s'est rapidement posée et une construction progressive d'un dialogue social a émergé. Développée dès 1968 de façon non encadrée, la négociation collective en droit de la fonction publique trouva une base légale avec la loi du 13 juillet 1983 portant sur les droits et obligations des fonctionnaires, reconnaissant le droit pour les organisations syndicales de fonctionnaires à la négociation salariale et intégrant le droit à participation. La loi de 1983, trente-sept ans après le premier statut de la fonction publique, marque ainsi le point de départ de la reconnaissance de la négociation collective en droit de la fonction publique. Néanmoins, le dialogue instauré et reconnu par la loi de 1983 démontre de nombreuses insuffisances, s'agissant de la diversité

⁶⁹⁴ SUPIOT (Alain), « Un faux dilemme : la loi ou le contrat », in : *Droit social*, 2003, n°1, p 13

⁶⁹⁵ SUPIOT (Alain), « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du droit et renaissance féodale », in : S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, 2007, p 19-44.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, p 19-44

des thèmes abordés lors de la négociation et de la centralisation de cette dernière. La circulaire du 23 février 1989 relative au renouveau du service public recommande ainsi que la négociation porte sur de nouveaux thèmes et se décentralise. Toutefois les manquements persistent et beaucoup regrettent une négociation plus effective qu'informative et plus efficiente qu'une simple concertation, comme l'exprimait Jacques Fournier dans le livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique en 2002⁶⁹⁷ prônant un dialogue social plus « utile » et « pertinent ». De plus, les accords collectifs négociés et conclus entre pouvoirs publics et syndicats de fonctionnaires n'ayant aucune valeur en droit positif, ne peuvent être invoqués durant une procédure contentieuse. Malgré différentes interventions et améliorations, le constat d'un décalage évident entre le droit de la fonction publique et le droit du travail en matière de négociation collective ne cessa de susciter des interrogations ; de plus, grandit progressivement une forme d'acceptation résignée qu'était inévitable l'insertion d'un dialogue social similaire, mais non identique, au droit du travail afin d'obtenir le consentement nécessaire à toute projection dans l'avenir lorsqu'on traite de fonction publique. La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique⁶⁹⁸, étudiée auparavant, marqua ainsi le changement demandé par certains et modifia en profondeur le dialogue social, sa conception comme sa mise en œuvre, dans la fonction publique. La loi de 2010 tente de répondre à de nombreux points relevés dans les différents rapports et livre blanc, comme celui de Jacques Fournier de 2002, précédemment cité, qui faisait état d'une difficulté relative au formalisme et rigorisme des institutions consultatives aux dépens d'une négociation effective, concernant principalement les comités techniques paritaires et les comités d'établissements. La loi de 2010 entame ainsi un processus de refonte du dialogue social et apporte de nombreux changements visant à consacrer le mécanisme de négociation et ainsi entériner la contractualisation traversant les pratiques de la fonction publique. La loi de rénovation du dialogue social modifie l'existant afin de renforcer la place de la négociation dans la fonction publique en élargissant le champ de la négociation à tous les domaines concernant l'agent. La loi précise de plus les critères déterminant les conditions de validité politique d'un accord. La réforme consacre, en outre, l'élection comme source et origine de la représentativité et la légitimité des organisations syndicales. Enfin, la loi de rénovation du dialogue social s'intéresse aux instances consultatives, puisqu'elle en crée une nouvelle, le conseil commun

⁶⁹⁷ FOURNIER (Jacques), « Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique : rapport au Ministre de la Fonction publique et de la réforme d'État », in : documentation française, 2002, 205 p., p 49, p 94

⁶⁹⁸ Loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 6 juillet 2010, n°0154, p 12224

de la fonction publique, en réforme une autre, les comités techniques, et intègre les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. La loi de 2010 démontre ainsi des échanges entre le droit de la fonction publique et le droit du travail, relevant une certaine inspiration dans le domaine de la négociation collective. La place de la négociation, la création de CHSCT sont autant d'exemples d'emprunts effectués par le droit de la fonction publique au droit du travail.

Toutefois, l'enseignement majeur réside dans la contractualisation de la fonction publique dont le dialogue social est un exemple probant. La place de la négociation est renforcée et le mécanisme contractuel se trouve ainsi une nouvelle fois consacré. Le rapport du sénateur Hugues Portelli relatif au projet de loi de modernisation de la fonction publique en 2006⁶⁹⁹ traitait déjà d'une contractualisation et les arguments avancés comme les constats sont intéressants afin de comprendre en quoi la contractualisation et sa consécration en droit de la fonction publique semblent inévitables. Le rapport énonce par exemple que « *Cette contractualisation, à l'intérieur du statut, des profils personnels renforce la cohabitation avec un nombre croissant d'agents recrutés par voie contractuelle et dont le profil de poste est souvent intégralement négocié est encore plus nette au niveau collectif* »⁷⁰⁰. La contractualisation de la fonction publique s'explique ainsi par une recherche de profils spécifiques, mais se trouve renforcée dans le domaine collectif par une « *demande de dialogue social à l'intérieur de l'entreprise État* »⁷⁰¹. Le rapport fait également mention d'une influence particulièrement forte à l'origine d'une contractualisation dans le domaine collectif : le droit européen. Il s'agit « *d'un facteur décisif d'évolution du droit de la fonction publique* »⁷⁰², avec notamment la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui, en matière de droits sociaux et collectifs, s'applique de façon indifférenciée à tous les salariés. À travers les rapports collectifs, on identifie ainsi les caractéristiques de la contractualisation de la fonction publique : une insertion contractuelle progressive, pas à pas, et croissante pour arriver ces dernières années à une véritable consécration. On relève également une forme intéressante de résignation, démontrant un choix tourné vers le contrat de manière quasi inéluctable, comme s'il n'y avait aucune autre option possible, aucun autre choix que l'indubitable reconnaissance contractuelle. Toutefois, une fois encore, ainsi que

⁶⁹⁹ Sénat, PORTELLI (Hugues), rapport n°113, projet de loi de modernisation de la fonction publique, 13 décembre 2006

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² *Ibid.*

l'exprime quelque peu le rapport du Sénat, le choix n'est pas véritablement assumé puisque la contractualisation est justifiée par le droit européen.

Si la négociation collective présente des éléments positifs, principalement lorsqu'on se tourne vers une sécurisation des agents et que l'on traite des questions relatives à la précarité comme il est l'objet dans cette étude, différentes questions se posent à nouveau. Bien évidemment, la contractualisation dans les rapports collectifs met à nouveau à mal l'approche statutaire et surtout toute l'idéologie s'y référant, bien que ses effets puissent être accueillis positivement concernant les questions de précarité. La contractualisation dans les rapports collectifs est une des plus probantes démonstrations des nouvelles techniques gouvernementales tournées vers le contrat selon le principe que négocier avec la personne contrainte est plus efficace. Néanmoins, peut-être qu'il s'agit davantage d'un exercice visant à créer l'illusion d'un consentement afin de faciliter l'acceptation de changements dans la fonction publique. L'actualité démontre bien souvent ce dernier aspect, avec, par exemple, les critiques énoncées par les organisations syndicales concernant la réforme des collèges qui dénoncent une absence de dialogue social et une concertation éclair et tardive. Si le gouvernement évoque une concertation des différents acteurs concernés, ces derniers regrettent le déroulement de cette discussion qui ne constitue pas selon eux, l'expression d'un dialogue social efficace. La technique contractuelle ne serait donc pas intégrée pour ses vertus, mais davantage comme une technique de justification.

B – L'insertion progressive d'une idéologie contraire

Le phénomène de contractualisation se caractérise par deux points essentiels : d'une part, par l'insertion de techniques contractuelles dans des domaines *a priori* étrangers au contrat dans la fonction publique, mais d'autre part, par l'insertion progressive d'une volonté attenante à la logique contractuelle, une idéologie davantage inspirée du secteur privé. Les différentes manifestations de la contractualisation progressive s'opérant en droit de la fonction publique, comme dans le domaine de la négociation collective précédemment étudié, démontreraient ainsi l'intégration d'une idéologie « privatiste » (1), mais surtout une incompatibilité entre la logique statutaire et celle contractuelle, source d'ambivalences dont le contrat pérenne est l'exemple le plus probant (2). Le caractère parfois inopportun des extensions de mécanismes privatistes en droit de la fonction publique pourrait toutefois relever la singularité de deux droits reposant sur des idéologies propres, ou parfois même contraires. Le contrat pérenne

apparaît dès lors comme un symbole solide des contradictions actuelles en droit de la fonction publique.

1 – Une extension des mécanismes contractuels vers le droit de la fonction publique

144 – Une idéologie « privatiste » ?

Il convient de rappeler que l'idéologie est un « *système d'idées générales constituant un corps de doctrine philosophique et politique à la base d'un comportement individuel ou collectif* »⁷⁰³. Contrairement à l'aspect dogmatique souvent retenu dans l'idéologie, la définition de cette dernière représente grossièrement les idées politiques ou philosophiques à l'origine de certains comportements. Bien loin de faire une analyse politique ou encore philosophique exhaustive et complète sur l'idéologie du travail, les nouvelles tendances, influençant le droit en général, semblent conduire à une idéologie davantage tournée vers les logiques de marché et de performance que les pratiques privatistes prennent en compte depuis déjà bien longtemps et qui semblent favorisées par la technique contractuelle.

L'exemple de la performance s'avère probant. Dans l'entreprise, les logiques de performance et de compétitivité sont bien évidemment essentielles et assumées puisque la performance désigne les « *résultats obtenus* »⁷⁰⁴ ou encore une « *victoire acquise* »⁷⁰⁵. Bien évidemment, afin d'être compétitif et de s'imposer face à la concurrence, l'entreprise doit nécessairement être performante : productive, avoir des résultats satisfaisants, compétitive, etc... Cette notion de performance, ainsi inhérente à la logique d'entreprise, était absente de la fonction publique pour qui on n'exigeait pas de performances mais davantage un respect de valeurs et principes : continuité, efficacité du service public, etc... Toutefois les nouvelles exigences, de plus en plus fortes, conduisent à l'extension de la notion de performance vers le salarié. En effet, les nouvelles techniques managériales axent la notion de performance au-delà de l'entreprise, également vers les personnes travaillant pour le compte de cette dernière. En droit du travail, la notion de performance amène également différentes problématiques et difficultés. Emprunté au domaine du sport, lorsqu'il est question de personne il est bien difficile, même sémantiquement, d'établir une performance au-delà de la performance physique⁷⁰⁶. Les mécanismes employés s'apparentent au sport puisque le cadre ou le supérieur hiérarchique fixe les objectifs, juge les résultats tel un entraîneur qui tente d'apporter la

⁷⁰³ www.larousse.fr

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ ESCANDE-VARNIOL (Marie-Cécile), PAULIN (Jean- François), « la performance du salarié confronté au droit du travail », in : *travail et emploi*, avril 2004, n°98, p 95- 108

motivation à son équipe et aura ainsi recours à des classements ou encore des primes pour valoriser l'individu comme le collectif et pousser au dépassement. Les primes constituent les mécanismes les plus importants dans l'évaluation de la performance. Elles viennent récompenser ou sanctionner les résultats individuels comme collectifs. Toutefois, cette logique davantage gestionnaire ou économique a toutefois des difficultés à s'intégrer en droit du travail puisque ce dernier « *n'a pas été conçu, à l'origine* » pour les cadres exerçant cette politique et a ainsi « *parfois du mal à répondre aux besoins spécifiques de métiers nouveaux* » : « *Plus généralement, le droit du travail se trouve confronté à des logiques nouvelles, plus familières aux économistes ou aux gestionnaires qu'aux travaillistes. Le transfert d'une partie du risque économique vers le salarié en serait un signe tangible* »⁷⁰⁷. Ainsi, afin de se conformer au droit du travail et d'adapter les nouvelles techniques à ce dernier, on utilisera par exemple la négociation collective.

Toutefois, la notion de performance, déjà relativement présente dans l'entreprise, a également fait son entrée dans la fonction publique. Comme cela a été relevé, la loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social introduit la performance. Bien que la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires⁷⁰⁸ remplace la « performance » par les « résultats », ce qui d'ailleurs amène à remplacer un mot par un de ses synonymes, la performance et sa prise en compte en droit de la fonction publique ont soulevé les interrogations de la doctrine par l'insertion progressive d'une nouvelle idéologie, étrangère au droit de la fonction publique.

145 – Une nouvelle idéologie

L'exemple de la performance est un exemple très probant et permet de dresser diverses conclusions et observations. À travers la notion de performance, des éléments ont été identifiés : tout d'abord, la notion de performance représente une des caractéristiques d'une idéologie, davantage gestionnaire. Cette notion s'introduit progressivement dans les relations de travail, entre le cadre ou l'employeur et le salarié, comme de manière moins perceptible, entre l'administration et ses agents. Toutefois, dans les deux droits, la notion conduit à de nombreuses difficultés et a du mal à s'intégrer. L'idéologie sur laquelle repose la performance n'est donc pas une idéologie « travailliste », mais bien une idéologie gestionnaire et

⁷⁰⁷ ESCANDE-VARNIOL (Marie-Cécile), PAULIN (Jean- François), « la performance du salarié confronté au droit du travail », *loc. cit.*

⁷⁰⁸ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* : 21 avril 2016, n°0094, texte n°2

économique empruntée au secteur privé étrangère au droit du travail comme au droit de la fonction publique.

Ainsi, lorsqu'en droit de la fonction publique, on invoque une inspiration du secteur privé, et ainsi du droit du travail, on n'emprunte pas toujours des mécanismes travaillistes mais des mécanismes gestionnaires qui dépassent les « classements » et le rigorisme binaire du juriste. Les préjugés du droit de la fonction publique sur le droit du travail se démontrent ainsi et conduisent parfois à des effets contraires à ceux espérés, comme en Italie notamment où l'amère conclusion d'un échec des objectifs de flexibilité, souplesse et liberté a été dressée suite à la privatisation. Concernant notre étude, la notion de performance est toutefois démonstrative d'une insertion progressive, à travers des mécanismes ou une sémantique, d'une nouvelle idéologie contraire *a priori* à celle sur laquelle reposent le droit de la fonction publique et le choix du particularisme. Telle une vague, l'idéologie gestionnaire traverse le droit du travail et arrive aux portes du droit de la fonction publique : « *Et, pourtant, ce sont bien des présupposés idéologiques, souvent non-dits voire non assumés, qui gouvernent les réformes successives qui mises bout à bout font sens. Il y a donc changement de paradigme parce qu'il y a changement d'idéologie, mû par les rapports tourmentés entre l'État et les logiques de marché et de performance* »⁷⁰⁹.

2 – Une extension inopportune de mécanismes singuliers vers le droit de la fonction publique

146 – Une idéologie contraire

À travers l'exemple précédent de la performance et sa prise en compte en droit du travail comme en droit de la fonction publique, une nouvelle idéologie étrangère au droit du travail comme au droit de la fonction publique, a été identifiée. En droit de la fonction publique, les pratiques du secteur privé influencent la fonction publique et s'installent notamment avec le phénomène de contractualisation. La contractualisation distille avec elle des mécanismes propres et efficaces en termes de gestion comme la négociation collective afin de conformer le droit à la nouvelle idéologie. Comme cela a été relevé, la contractualisation est généralisée en droit français, et cela n'est que l'expression de l'idéologie attenante à ce phénomène.

Toutefois, la nouvelle idéologie gestionnaire est contraire à celle ayant construit le droit de la fonction publique. Les deux idéologies étant en parfaite opposition, les mécanismes insérés en

⁷⁰⁹ MARC (Emmanuelle), « Le statut trente ans, vive le contractualisme... », In : *La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°29, 15 juillet 2013.

droit de la fonction publique paraissent bien inopportuns car des ambivalences peuvent être soulignées et la transformation ne semble pas assumée. Afin de démontrer le caractère inopportun de l'insertion de mécanismes *a priori* contraires au droit de la fonction publique, l'exemple de l'administration territoriale s'avère probant.

La contractualisation dans l'administration territoriale produit des effets contraires à ceux revendiqués et souhaités auparavant ; l'insertion contractuelle dans le domaine local démontre bien son caractère inopportun ou contradictoire avec les règles et principes régissant le droit de la fonction publique. D'une part, le contrat permet, dans l'administration territoriale, de mettre en œuvre la politique de décentralisation entamée dans les années quatre-vingt. D'autre part, la politique conventionnelle incarnée notamment par les partenariats entre l'État et les collectivités, a instauré ou favorisé un rapport de forces créant des rapports asymétriques entre l'État et la collectivité. Loin de la volonté initiale d'une répartition claire de compétences, et distincte par la décentralisation, c'est au contraire une certaine centralisation qui se produit avec une forme de tutelle de l'État sur certains domaines partagés avec les collectivités. Certains évoquent même des « *relations de type féodal* »⁷¹⁰ puisque « *la généralisation du contrat peut être dangereuse en ce qu'elle habitue les administrations à considérer comme des droits dont ils peuvent disposer leurs compétences et leurs fonctions, l'autorité publique intervenant comme un agent sur un marché* »⁷¹¹.

Les lois de décentralisation à partir de 1982 ont favorisé la pratique contractuelle. Les lois de décentralisation ont, tout d'abord, utilisé le contrat entre personnes publiques comme un instrument dans l'organisation du service public⁷¹². Le contrat est ainsi un instrument permettant le transfert de certaines compétences des services de l'État vers les collectivités territoriales. Néanmoins, la convention est également utilisée entre collectivités, elle peut ainsi servir dans le transfert de compétence d'une collectivité à une autre ou encore à établir une coopération entre elles. Si le contrat est utilisé de manière très encadrée pour la mise en œuvre de la décentralisation, une autre utilisation a toutefois émergé en parallèle nommée par la doctrine : les « partenariats encadrés ».

Le terme de « partenariat » est employé afin de qualifier une politique conventionnelle visant les domaines où l'administration de l'État conserve sa compétence mais dont la mise en œuvre nécessite l'intervention des collectivités locales afin d'être efficace. Outre l'exemple

⁷¹⁰ RICHER (Laurent), *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p 53

⁷¹¹ *Ibid.*, p 54

⁷¹² *Ibid.*, p 51

des contrats de ville, l'enseignement supérieur apparaît également comme une démonstration probante⁷¹³ lorsqu'il est question de « partenariats encadrés ». L'État conserve sa compétence en matière d'enseignement supérieur ; toutefois, afin de répondre à des besoins croissants il a besoin de l'intervention des collectivités locales. Ce partenariat a été mis en œuvre avec les conventions « université 2000 » qui prévoyaient que les charges d'investissements soient réparties entre l'État et la collectivité et que cette dernière puisse être consultée lorsqu'il est question d'implantation d'établissements supérieurs. L'extension de l'initiative et la mise en œuvre du partenariat ont même conduit les collectivités à assurer la maîtrise d'ouvrage de constructions ou d'extensions d'établissements d'enseignement supérieur. Cette juxtaposition de compétences a néanmoins créé une confusion importante que le code général des collectivités territoriales a tenté de limiter⁷¹⁴. Toutefois cette limitation, assortie d'un pouvoir de contrainte relativement modique n'a pas freiné l'expansion contractuelle dans le versant territorial qui continue à se développer et à entraîner une confusion de compétences.

Ainsi le contrat apparaît comme un moyen efficace. Mais développé et poussé à l'excès, l'exercice contractuel entraîne des conséquences paradoxales et contradictoires, comme une certaine forme de centralisation alors même que la politique conventionnelle devait permettre la mise en œuvre et l'articulation entre les différents versants de la politique de décentralisation. La contractualisation dénature les objectifs initiaux et s'avère ainsi inopportune, ce qui démontre bien une idéologie consacrant le contrat comme instrument principal en contradiction avec l'idéologie et les principes régissant le droit des contrats administratifs, et, par extension, le droit de la fonction publique.

147 – Le contrat pérenne ou l'expression d'une idéologie contraire

Après avoir identifié l'idéologie gestionnaire se développant en droit du travail comme en droit de la fonction publique et déterminer le caractère inopportun et contraire de cette dernière dans le droit de la fonction publique à travers la contractualisation, notamment dans l'administration territoriale, il convient de se demander ce qu'il en est du contrat pérenne. Le contrat pérenne pourrait constituer l'expression claire et concrète d'une réussite dans l'insertion de l'idéologie gestionnaire puisqu'il constitue une certaine forme d'aboutissement du phénomène de contractualisation. Il permet d'insérer un contrat aux côtés de la relation à

⁷¹³ RICHER (Laurent), *Droit des contrats administratifs*, op. cit., p 52

⁷¹⁴ Code général des collectivités territoriales, article L 1111-4 : « *La répartition des compétences entre les collectivités territoriales et l'État s'effectue, dans la mesure du possible, en distinguant celles qui sont mises à la charge de l'État et celles qui sont dévolues aux communes, aux départements ou aux régions de telle sorte que chaque domaine de compétences ainsi que les ressources correspondantes soient affectés en totalité soit à l'État, soit aux communes, soit aux départements, soit aux régions* ».

durée indéterminée de principe : le fonctionnariat. L'exemple du contrat pérenne est à lui seul tout aussi démonstratif que la contractualisation dans l'administration territoriale puisqu'il semble porter les mêmes « stigmates » et produire les mêmes effets contraires.

D'une part, le contrat pérenne a pour objectif affiché de sécuriser des agents précaires ; toutefois, les effets sont inverses puisque la tentative de sécurisation conduit également à une certaine précarisation par la mise à mal statutaire qu'elle procure de façon concomitante. On note ainsi des effets bien éloignés de l'objectif initial démontrant une nouvelle fois une utilisation contractuelle déployée à l'origine des contradictions.

D'autre part, le contrat pérenne démontre un paradoxe apparent entre le principe, en vertu duquel les emplois permanents sont occupés par des fonctionnaires, et l'exception puisqu'il offre une longévité et une temporalité non anticipée au recrutement contractuel. Ce qui produit de nouveau différentes contradictions : il s'avère bien difficile de traiter d'exception au principe lorsque le recrutement contractuel devient pérenne. Il serait peut-être plus opportun de considérer le contrat pérenne comme une alternative adossée aux côtés du principe.

2 § Le contrat pérenne ou l'assise du contrat dans la fonction publique

La contractualisation consacrée par le contrat pérenne se compose d'une insertion de mécanismes contractuels en expansion et d'une idéologie gestionnaire qui influencent le droit de la fonction publique. On assiste ainsi à une certaine systématisation de la réponse contractuelle, un ensemble de procédés et de pratiques instituées afin de correspondre aux nouvelles exigences tenant à une politique conventionnelle accrue. Toutefois, l'assise contractuelle se manifeste également par des caractéristiques identifiables adossées au contrat, relevées préalablement concernant le contrat administratif en général, constituant des facteurs d'attractivité comme la fonction curative ou encore la fonction innovante attribuées à la convention (A). Néanmoins, les vertus prônées ne se distinguent pas de façon efficiente et apparaissent davantage comme un dispositif incantatoire mais superficiel accolé au contrat. Le contrat pérenne témoigne dans ses effets d'une réponse en « demi-teinte », dont l'efficacité n'est pas pleinement satisfaisante (B).

A – Le contrat comme mode de résolution des problèmes : une démonstration par la pérennisation

Le contrat apparaît, de manière répétée, comme une solution systématique aux problèmes énoncés dans la fonction publique. Le contrat pérenne est une expression de ce mode de

résolution des problèmes par la voie contractuelle, car après le constat d'une précarisation croissante des agents non titulaires, le contrat à durée indéterminée a été consacré afin de sécuriser et freiner les déviances. Le mode de résolution contractuelle se caractérise par des facteurs attractifs que l'on retrouve dans le contrat pérenne comme la fonction curative prêtée au contrat (1). De plus, le contrat véhicule également l'idée d'une modernité, d'un renouveau, face à la rigueur et au caractère austère du statut (2). Lorsqu'on traite de modernisation de la fonction publique, on semble jumeler l'idée de façon quasi systématique au recours contractuel. Néanmoins, le contrat n'apparaît pas comme l'élixir miracle de demain, mais davantage comme un pansement utilisé comme une variable d'ajustement.

1 – Le contrat pérenne : l'application d'une fonction contractuelle curative

148 – Le contrat, un remède ?

Tout d'abord, l'intitulé peut paraître étonnant par l'emploi d'une sémantique propre au domaine médical ou à la santé. « Curative » se définit de la manière suivante : « *propre à la guérison ou au traitement d'une maladie* »⁷¹⁵. Ainsi, le recours contractuel à travers le contrat pérenne permettrait la guérison ou le traitement d'une maladie. Dans la présente étude, l'infection à traiter est la précarité des agents non titulaires : le contrat pérenne serait ainsi le remède afin de sécuriser les agents non titulaires et contenir la précarité dans la fonction publique. Les symptômes, « *ce qui permet de deviner un état de fait à venir ou mal connu* »⁷¹⁶, sont nombreux afin de qualifier la précarité. Les pratiques abusives en matière de recrutement concernant, par exemple, les renouvellements ou reconductions des agents contractuels participent à une insécurité de l'emploi fortement perceptible en lien, d'une part, avec le terme adossé au contrat mais, d'autre part, en raison de l'absence d'un statut clair et défini de l'agent contractuel. La précarité provient ainsi des pratiques, de l'essence même du recours au contrat et des effets qu'il produit comme la création progressive d'une « sous fonction publique ». Le contrat pérenne est un contrat à durée indéterminée et permet ainsi de sécuriser l'agent contractuel en le liant de façon durable à l'administration, mettant un terme à certaines pratiques abusives visant à pérenniser de façon dissimulée un agent sans lui accorder la sécurité nécessaire en guise de contrepartie. Le raisonnement est donc très simple : des symptômes démontrent une précarisation des agents non titulaires dans la fonction publique auxquels il faut remédier, alors on consacre le contrat pérenne afin de contenir cette précarisation. Si le raisonnement semble clair, il permet toutefois d'identifier deux

⁷¹⁵ www.larousse.fr

⁷¹⁶ *Ibid.*

problématiques : d'une part, le recours au contrat en guise de correctif et, d'autre part, le caractère contradictoire de la reconnaissance du contrat pérenne puisqu'on identifie une situation problématique liée au recrutement contractuel, mais on tente de résoudre cette constatation *via* l'insertion d'un autre contrat.

149 – La fonction curative associée au contrat

La fonction curative liée au contrat n'est bien évidemment pas l'apanage du contrat dans la fonction publique : elle constitue, au contraire, une caractéristique du contrat administratif en général. Cette fonction curative est identifiable dans les pratiques contractuelles adoptées en droit de la fonction publique, en droit administratif comme dans d'autres domaines du droit. On remarque ainsi de façon quasi systématique un recours au contrat lorsqu'un problème est identifié. On ne traite pas de l'origine et des sources du problème relevé, mais on préfère proposer un « nouveau contrat », qui d'ailleurs n'a bien souvent que le nom d'innovant, afin de résoudre les difficultés.

Les exemples foisonnent ; le secteur privé et le domaine de l'emploi peuvent également l'attester. On retrouve ainsi une liste relativement conséquente de contrats de travail dans le secteur privé, autres que le contrat à durée indéterminée à temps complet. Il existe différents contrats : des contrats à durée déterminée, des contrats à durée déterminée à objet défini, des contrats de travail intermittents, des contrats d'apprentissage ou encore des contrats de professionnalisation. Dans cette dichotomie, on retrouve également des contrats de travail à temps complet et à temps partiel. Toutefois, certains contrats firent également une brève apparition dans la liste bien fournie des contrats de travail, comme, récemment, le contrat nouvelle embauche (CNE) abrogé depuis 2008, le contrat première embauche (CPE) source de débat dès sa création et qui ne vit pas véritablement le jour. On retrouva également les contrats emplois jeunes, et aujourd'hui les contrats emplois d'avenir. Ces contrats, bien que différents, ont pour la plupart la même cible - les jeunes - et visent à contenir le chômage de ces derniers *via* un dispositif d'accompagnement et d'incitation des entreprises. Les raisons de leurs successions et disparitions alternées s'expliquent très simplement : ces contrats sont avant tout des vitrines politiques, chaque gouvernement proposant un nouveau contrat.

Cela démontre deux éléments importants : d'une part, l'utilisation contractuelle en guise de correctif visant à améliorer une situation complexe, ici l'emploi des jeunes ; d'autre part, l'absence de cohérence dans la création des contrats qui ne tire ni les leçons des précédents, ni ne propose une offre véritablement nouvelle. Le contrat est dans ces exemples un outil

politique brandi afin de démontrer une action, une recherche de solution, à travers un contrat présenté comme une nouveauté prometteuse qui ressemble toutefois beaucoup aux propositions antérieures. Les remarques relatives au domaine du travail dans le secteur privé sont donc similaires à celles concernant le secteur public, le contrat ayant une fonction curative à usage politique : « *il ressort que le contrat est considéré comme un moyen sans équivalent pour résoudre les problèmes. Quand des réformateurs veulent débloquent une situation en sortant des sentiers battus, ils ont recours au contrat, qui apparaît de la sorte comme un moyen d'action "anti-conventionnel" »*⁷¹⁷.

150 – Le contrat pérenne, un placebo ?

Les critiques attribuées à cette fonction curative sont nombreuses et découlent certainement du caractère politique sous-jacent. Si la création d'un nouveau contrat fait toujours son effet, une certaine désillusion prend toutefois le pas sur l'espérance placée dans le contrat et la doctrine amène même à se demander « *si cette panacée n'est pas trop universelle pour être curative ; ne s'agit-il pas d'une ressource pour réformateurs aux idées courtes qui renvoient les solutions à plus tard et préfèrent le redéploiement des moyens à leur augmentation ? Bref une imposture »*⁷¹⁸. Autrement dit, la fonction curative attribuée au contrat serait une « imposture », visant à créer des effets artificiels comme un certain anticonformisme, dont le recours répété et excessif au contrat semble démasquer le jeu politique. Le contrat pérenne serait ainsi un placebo, un faux médicament dépourvu de principe actif donnant l'illusion d'une guérison qui est seulement « psychologique ». Si la maladie à traiter est la précarité, alors le contrat pérenne n'a pas éradiqué le phénomène, bien plus important et déployé que pour les seuls agents contractuels visés par le « faux » remède. Les pratiques contractuelles s'avèrent assez similaires dans différents domaines du droit et secteurs d'activités, et reçoivent les mêmes critiques car il semblerait que la maladie soit également contagieuse, la précarité étant généralisée. Le contrat pérenne regroupe ainsi les mêmes défaillances que celles remarquées auparavant : il semble que le but soit davantage un choix politique tourné vers un mécanisme contractuel attractif pour l'image véhiculée, et qu'un manque de cohérence soit également relevé dans le fait de consacrer le contrat à durée indéterminée afin de pallier les difficultés provenant du recrutement contractuel lui-même.

⁷¹⁷ RICHER (Laurent), « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *loc. cit.*

⁷¹⁸ *Ibid.*

151 – Une utilisation contractuelle au service de la modernisation de la fonction publique

De nouveau, le contrat pérenne semble faire perdurer les mêmes « idées reçues » véhiculées par le contrat en général, préalablement relevées dans les facteurs d'attractivité du contrat administratif. Le contrat pérenne dans la fonction publique constitue ainsi une démonstration probante de l'application d'une fonction contractuelle curative, mais également d'une fonction contractuelle innovante. L'innovation est l'action d'innover : « *introduire quelque chose de nouveau pour remplacer quelque chose d'ancien* »⁷¹⁹. Le recours au contrat permet ainsi d'introduire un nouveau procédé afin de remplacer des pratiques jugées archaïques et en inadéquation avec les exigences actuelles dans la fonction publique. Le contrat apparaît comme un procédé moderne, en opposition au statut, marqué pour certains d'une rigueur sclérosante lorsque les volontés actuelles sont axées sur la flexibilité, la souplesse et l'adaptabilité. Dès cet énoncé, une première contradiction apparaît lorsqu'on envisage à nouveau l'étude historique relative au contrat : la convention apparaît comme un procédé moderne alors que cette dernière est utilisée depuis les fondements antiques et se retrouve tout au long de la construction de la fonction publique française.

Dès que l'on traite de modernisation de la fonction publique, on propose de développer et d'étendre le recours au contrat. Le recrutement contractuel apparaît ainsi comme un outil privilégié dans l'objectif de modernisation de la fonction publique. Ce qui était qualifié d'omniprésence prospective, c'est-à-dire le fait de se tourner de façon systématique vers le procédé contractuel lorsqu'on envisage la fonction publique de demain, se retrouve ainsi dans les rapports traitant de la fonction publique présentés auparavant. Le rapport Pochard de 2003 exprime l'idée de modernisation avec la citation suivante de Jacques Caillosse et Jacques Hardy : « *le statut n'appartient finalement pas plus aux gouvernants, relativement impuissants à le mettre au service de leur volonté de modernisation, qu'aux agents, traités de manière impersonnelle et uniforme, passés au crible de la construction égalitaire voulue, en leur nom, par les organisations syndicales* »⁷²⁰. À travers cette citation, le rapport du Conseil d'État démontre que le statut ne peut permettre aux gouvernants de répondre aux exigences de modernisation, tout comme les agents « *traités de manière impersonnelle et uniforme* »⁷²¹ suivant l'approche statutaire. Autrement dit, afin de poursuivre l'objectif de modernisation, le

⁷¹⁹ www.larousse.fr

⁷²⁰ Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Etudes et documents du Conseil d'État », n° 54, p 262

⁷²¹ *Ibid.*, p 262

recrutement contractuel s'avère bien plus efficace que le statut, notamment dans le traitement différencié et individualisé qu'il procure. Le rapport Silicani de 2008⁷²² axait également la modernisation sur le recours au contrat. Selon le livre blanc, il conviendrait de compléter le statut par le contrat, de sorte que les deux procédés de recrutement modernisés permettent de poursuivre les changements nécessaires à la fonction publique. Ce qui est intéressant et démonstratif réside dans la coordination proposée entre le statut et le contrat. La convention apparaît ainsi comme un complément du statut ; autrement dit, il perd dans la proposition de 2008 son caractère exceptionnel et devient un complément de la règle et non son exception.

152 - Une image « anticonformiste »

« *Le contrat c'est l'imagination au pouvoir* ». Telle est l'expression employée par Laurent Richer⁷²³ afin de démontrer le caractère innovant du contrat et expliquer ainsi le déploiement du procédé contractuel en droit administratif. La fonction innovante et modernisatrice est véhiculée par une image du contrat : celle de l'anticonformisme. Le contrat, c'est la liberté et la souplesse, donc c'est l'imagination et tous les possibles. L'audace contractuelle se retrouve, notamment, dans la consécration du contrat pérenne : certains saluent la mise en conformité avec le droit européen, d'autres s'inquiètent et s'interrogent sur les véritables motivations de cette consécration, mais personne ne reste indifférent et le caractère innovant du contrat est identifiable. Toutefois, considérer le contrat à durée indéterminée comme innovant ou moderne peut vraiment aiguïser la curiosité, puisque ce contrat n'est ni nouveau, ni rare, c'est le contrat de travail de droit commun. Ce qui caractérise une forme de modernité réside ainsi plutôt dans le fait que le contrat pérenne fasse son entrée en droit de la fonction publique, l'effet modernisant tient alors à la destination plus qu'au contrat lui-même.

B - Le contrat comme mode de résolution des problèmes : une approche critiquable

Le contrat est utilisé comme un correctif afin de résoudre les problèmes relevés dans la fonction publique, pour deux raisons principales : la fonction curative et la fonction innovante associées au contrat. De façon générale, le contrat véhicule des valeurs positives comme celle de la modernité ou encore d'un certain anticonformisme salvateur. Toutefois, si différentes contradictions et critiques ont déjà été avancées, il convient de se pencher plus longuement sur le contrat pérenne et d'appréhender l'efficacité de la réponse contractuelle. La protection accordée aux agents contractuels en CDI répond à l'objectif affiché de sécurisation ;

⁷²² SILICANI (Jean - Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 113

⁷²³ RICHER (Laurent), « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », *loc. cit.*

néanmoins, la réponse n'est que partielle, la précarité n'étant pas résorbée et la sécurisation demeurant ciblée (1). L'objectif de sécurisation étant partiellement accompli, le contrat pérenne ne remplit pas toutes ses promesses, mais démontre davantage des effets contradictoires (2).

1 – Un objectif de sécurisation partiellement accompli par l'introduction du contrat pérenne

153 – La reconnaissance du contrat pérenne: une sécurisation

Le contrat, de façon générale et transversale dans différents domaines du droit, est appréhendé comme un instrument efficace dans la résolution des problèmes tenant au droit de la fonction publique. Toutefois, il convient d'émettre certains doutes quant à la réelle efficacité de l'instrument contractuel, constituant davantage une technique de gouvernement qu'une réelle solution. L'exemple du contrat pérenne est probant ; il en découle différents effets comme la consécration du phénomène de contractualisation et la contribution à une assise contractuelle désormais bien ancrée dans la fonction publique. Or, si une discussion peut être engagée sur l'efficacité réelle de la sécurisation apportée par le contrat pérenne, il est toutefois indéniable que la reconnaissance du contrat à durée indéterminée a régularisé certaines situations précaires. La sécurisation *via* la généralisation du contrat à durée indéterminée s'effectue de trois façons : on sécurise en stabilisant les relations entre l'administration et l'agent lié depuis six années ou plus avec la « sécurisation automatique ». On prévient également les comportements abusifs en limitant la reconduction du contrat à durée déterminée et en imposant le renouvellement à durée indéterminée après six années avec la « sécurisation désirée », et enfin on anticipe les besoins en permettant que le primo-recrutement soit à durée indéterminée avec la « sécurisation *ab initio* ». La sécurisation s'effectue ainsi en amont, par l'anticipation et la prévention, et en aval en corrigeant les situations abusives.

Les agents contractuels visés par la reconnaissance du contrat à durée indéterminée sont les suivants : de manière générale ce sont tous les agents publics recrutés en CDD sur une période de six ans au cours des huit dernières années. Ces derniers se verront obligatoirement proposer par leur employeur la transformation de leur contrat en CDI, lorsque, toutefois, les services ont été accomplis sur des postes à responsabilités équivalentes. Il s'agit d'une première sécurisation, que l'on nommera « la sécurisation automatique ».

À côté de ce premier mécanisme visant à sécuriser l'emploi des agents non titulaires *via* la généralisation du CDI, on retrouve une autre tentative de sécurisation visant à contraindre l'employeur public, lorsque ce dernier souhaite reconduire un contrat à durée déterminée

après six années, à renouveler le contrat à durée indéterminée. Le deuxième mécanisme est celui que l'on nommera « la sécurisation désirée », puisque cela dépendra de la volonté de l'administration, qui pourra choisir de ne pas renouveler l'agent en contrat à durée indéterminée si elle le souhaite. Toutefois, si l'administration désire conserver l'agent cela ne pourra se faire que pour une durée indéterminée, ce qui permet la sécurisation. Il s'agit alors de contenir les comportements abusifs relatifs à la reconduction « illimitée » du contrat à durée déterminée de certains agents contractuels.

Enfin, un troisième mécanisme permet la sécurisation d'agents contractuels *via* le contrat pérenne : « la sécurisation *ab initio* ». La « CDIisation » *ab initio*, c'est-à-dire le recrutement initial par contrat à durée indéterminée, est également envisagé par la loi du 12 mars 2012 dans son article 35⁷²⁴.

Si les chiffres ne sont pas encore tous présentés et s'il est encore un peu tôt pour effectuer un bilan complet des répercussions de la loi de 2012, le rapport annuel sur l'état de la fonction publique en 2014⁷²⁵ présente toutefois quelques statistiques. Dans les chiffres et données traitant du versant hospitalier, le rapport de 2014 précise que suite à la loi de 2012, « *sur l'effectif total des contractuels à durée déterminée de la fonction publique hospitalière, il avait été estimé que 8 600 agents, soit 8,5% pourraient voir leur CDD transformé en CDI entre 2012 et 2015 : environ 4 300 au cours des deux années 2012 et 2013, 1 800 en 2014 et 2 500 pendant l'année 2015* »⁷²⁶. Ainsi la transformation du CDD en CDI est prévue de façon décroissante : puisque la régularisation vise justement à contenir les situations précaires, il paraît logique que les transformations soient moins nombreuses au fil des années. Toutefois, le rapport précise que la loi de 2012 « *a également conduit à CDI-ser 19 202 nouveaux agents (représentant plus de 30 % du nouveau total des CDI (63 160))* ». Autrement dit, le rapport témoigne de l'efficacité de la loi de 2012 qui a permis de CDI-ser ou CDI-ciser selon le néologisme employé, un nombre important d'agents contractuels, soit 30 % des agents actuellement en contrat à durée indéterminée. Le rapport démontre également que l'efficacité de la loi de 2012 s'exprime par l'autre méthode employée afin de contenir la précarité des

⁷²⁴ Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 13 mars 2012, n°0062, p 4498, article 35 : « *Les fonctions qui, correspondant à un besoin permanent, impliquent un service à temps incomplet d'une durée n'excédant pas 70 % d'un service à temps complet, sont assurées par des agents contractuels. Le contrat conclu en application du présent article peut l'être pour une durée indéterminée* ».

⁷²⁵ DGAFP, rapport annuel sur l'état de la fonction publique, « politique et pratique de ressources humaines, faits et chiffres », 2014

⁷²⁶ *Ibid.*

agents non titulaires : la titularisation. Ainsi, le plan de titularisation serait bien plus efficace que les précédents⁷²⁷.

Si le rapport donne des statistiques attestant l'efficacité de la réforme récente visant à généraliser le recours au contrat à durée indéterminée afin de résorber la précarité des agents contractuels, il convient toutefois de se demander si le nombre d'agents CDI-*cisés* démontre objectivement l'efficacité des mesures employées. Le rapport de la DGAFP de 2013 présentant les chiffres clés de la fonction publique⁷²⁸, fait état de l'emploi de 901 500 agents non titulaires, hors bénéficiaires de contrats aidés, dans les trois fonctions publiques. Lorsqu'on appose les chiffres relatifs à la CDI-*cisation* et à la titularisation au nombre d'agents contractuels, la régularisation semble relativement dérisoire et ne concerne qu'une partie infime des 901 500 agents non titulaires employés dans les trois fonctions publiques. Toutefois, il convient d'effectuer quelques nuances : tous les agents non titulaires ne sont pas en situation précaire bien qu'une grande partie le soit presque par « essence » si on compare leurs situations à celles des agents titulaires. De plus les contraintes s'avèrent bien trop importantes pour ne pas les prendre en considération. Néanmoins, se réjouir de la régularisation des situations *via* le contrat à durée indéterminée de près de 10 000 agents non titulaires est également un sentiment à nuancer et démontre manifestement une sécurisation partielle et non aboutie. On ne peut sécuriser la majeure partie des 901 500 agents non titulaires sans démontrer une volonté nouvelle, en rupture avec les pratiques actuelles, et un choix politique sur le long terme.

2 - Un objectif de sécurisation aux effets contradictoires

154 – Un contrat pérenne en réponse aux difficultés découlant du recrutement contractuel

Dès l'énonciation de l'intitulé, une contradiction apparente est relevée quant à la reconnaissance et la généralisation du contrat à durée indéterminée dans la fonction publique. Deux arguments majeurs étaient avancés afin de justifier la reconnaissance du contrat pérenne : d'une part, la conformité aux exigences européennes ; d'autre part, la nécessaire régularisation des agents non titulaires en situation de précarité. Concernant le premier argument, alimentant ainsi le second, il a été démontré à diverses reprises que l'influence

⁷²⁷ DGAFP, rapport annuel sur l'état de la fonction publique, « politique et pratique de ressources humaines, faits et chiffres », 2014 : « La loi du 12 mars 2012 représente une avancée significative pour la lutte contre la précarité dans la fonction publique territoriale. La première session annuelle des sélections professionnelles avec plus de 9 000 agents territoriaux titularisés, dépasse largement les résultats obtenus lors du précédent plan de résorption de l'emploi précaire. En effet, le dispositif de concours réservés initié par la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001, n'avait entraîné la titularisation que d'un peu moins de 5 000 agents territoriaux ».

⁷²⁸ DGAFP, « Fonction publique, chiffres clés », coll. fonction publique faits et chiffres, 2013

européenne était à nuancer, aucune exigence n'imposant la reconnaissance du contrat à durée indéterminée et le droit de la fonction publique démontrant déjà une réciprocité concluante aux exigences découlant de la directive. Si l'argument initial peut être remis en question par la décharge de responsabilité du gouvernement n'assumant pas le choix politique adopté, le deuxième argument peut être également l'objet de questionnements et de doutes.

C'est tout d'abord une contradiction à l'origine de la reconnaissance du contrat pérenne qui pousse au questionnement. Comme cela a été démontré dans les constats énoncés en guise de première partie, la précarisation de la fonction publique en général découle en partie de l'utilisation du contrat et du recrutement contractuel. L'exception au principe s'avère bien moins protectrice et trouve justement toute sa séduction dans la souplesse, l'individualisation ainsi que les réponses adaptées aux besoins qu'elle procure. Toutefois, afin de sécuriser et ainsi contenir la précarité on propose la reconnaissance d'un nouveau contrat : le contrat pérenne, soit le contrat à durée indéterminée. Autrement dit, on tente de panser les effets précarisant du recrutement contractuel en reconnaissant un autre contrat. Cela s'avère ainsi paradoxal et démontre surtout une réponse partielle qui néglige les véritables causes de la précarité dans la fonction publique. Il est indéniable que le contrat pérenne apporte une réponse satisfaisante à certains agents contractuels, bénéficiant ainsi d'une relation à durée indéterminée et d'une sécurité de l'emploi ; néanmoins, cela n'apparaît pas suffisant afin de résorber la précarité. La transformation du contrat en contrat à durée indéterminée ou le primo-recrutement à durée indéterminée ne visent qu'une catégorie infime d'agents précaires. Le contrat pérenne n'est évidemment pas une source de précarité, puisqu'il protège ; néanmoins, il démontre une initiative, une volonté en contradiction avec les objectifs affichés. Le recrutement contractuel déployé, démocratisé et surtout non rationalisé ainsi que l'égalisation du rapport de principe-exception qui s'opère sont les véritables causes de la précarité des situations des agents non titulaires. Sans traiter de ces problématiques et en se concentrant uniquement sur le contrat pérenne, on sécurise une faible partie des agents contractuels, sans toutefois éradiquer la précarité à sa source, et tel un cercle vicieux les problématiques se répètent.

155 – Une proposition de sécurisation défailante

Certains éléments témoignent de la défailance de la réponse contractuelle comme moteur de sécurisation des agents non titulaires dans la fonction publique. Le premier argument, le plus simple, a déjà été énoncé : la sécurisation proposée semble ciblée. Deux autres arguments ou

démonstrations peuvent générer un doute quant à l'efficacité de la réponse contractuelle dans son objectif de sécurisation et régularisation, tel un aveu dissimulé. Le premier exemple quant à la défaillance de la réponse contractuelle est celui de l'autre mécanisme employé permettant de sécuriser les agents contractuels en situation précaire : la titularisation. La loi du 12 mars 2012 généralisant le contrat à durée indéterminée afin de lutter contre la précarité dans la fonction publique, propose également afin de répondre aux mêmes objectifs un nouveau plan de titularisation. Lorsqu'on traite de précarité, la titularisation est également un mécanisme visant à sécuriser les agents et se conjugue avec les propositions contractuelles afin de former un « cocktail » sécurisant efficace. La titularisation semble le mécanisme le plus opportun en guise de protection et de sécurisation, en respectant le principe, l'occupation des emplois permanents par les fonctionnaires. La titularisation est coûteuse, chaque plan de titularisation l'a démontré en se succédant. Elle comporte également des difficultés : malgré la succession des plans de titularisation, la résorption de la précarité n'a pas abouti, puisque le problème persiste et semble même s'aggraver. Le contrat pérenne apparaît dès lors comme une variable d'ajustement opportune, moins coûteuse et plus conciliante puisque l'agent n'est pas fonctionnaire, afin de compléter un plan de titularisation. Toutefois, peut-être que le contrat pérenne est-il davantage envisagé comme un compromis temporaire, dont on connaît pertinemment la défaillance à long terme dans l'objectif de sécurisation.

Enfin, un dernier argument pourrait démontrer la défaillance de la réponse contractuelle et son caractère artificiel : ce dernier réside dans le régime et le statut des agents en CDI. Comme cela a été relevé dans les constats, l'agent contractuel bénéficie progressivement d'un statut qui s'étoffe. La reconnaissance du CDI a toutefois posé de nombreuses questions auxquelles on devait rapidement apporter réponse. Lorsqu'on s'attache au régime applicable aux agents contractuels, et plus précisément aux agents à durée indéterminée, on constate que l'espace contractuel est réduit et que la liberté contractuelle est contenue. Les pré-statuts ne sont, pour la majorité, constitués que d'extensions des règles statutaires applicables aux fonctionnaires vers les agents contractuels. Une forme d'hybridation se crée entre l'agent contractuel et le fonctionnaire, et on pourrait y lire entre les lignes une certaine reconnaissance du caractère efficace et protecteur de l'approche statutaire.

Le premier effet du contrat pérenne est donc une consécration du phénomène de contractualisation. Ce phénomène, complexe et déployé en droit en général, se caractérise par l'entrée du mécanisme contractuel dans des domaines où il était auparavant absent, ainsi que par la mise en exécution d'une idéologie nouvelle, davantage gestionnaire. Une

systematisation du contrat s'opère et l'assise de ce dernier se renforce : la convention devient un mode de résolution des problématiques. On retrouve ainsi tous les attributs de séduction du contrat, véritable remède miracle et mécanisme novateur. Toutefois, les vertus contractuelles suscitent des interrogations ; le contrat pérenne s'avère un parfait exemple des doutes que l'on peut formuler. La sécurisation apportée par la reconnaissance, puis la généralisation, du contrat pérenne est indéniable, mais elle est bien loin d'être optimale. La précarité n'est pas contenue par le recours au contrat pérenne, pour une simple raison : la proposition s'avère contenir un paradoxe, puisqu'on consacre un contrat afin de pallier les difficultés procurées par le recrutement contractuel lui-même. Le contrat pérenne porte ainsi les stigmates généraux du recrutement contractuel, et le caractère opportun de la solution contractuelle comme mode de résolution des problèmes s'avère bien peu efficace lorsqu'on s'y attarde. Toutefois, un dernier élément s'avère intéressant dans l'étude du phénomène de contractualisation. La contractualisation est « *un choix politique juridique en faveur d'un traitement contractuel des questions* »⁷²⁹, ainsi le choix politique exprimé découle d'une volonté, d'une idéologie gestionnaire dont le contrat est l'instrument de prédilection. Bien que cette idéologie semble présente dans le secteur privé et le domaine du travail depuis bien longtemps, le droit du travail a néanmoins de nombreuses difficultés à coordonner et adapter ces nouvelles exigences avec « l'esprit » du droit du travail. Le contrat pérenne semble mettre en avant les emprunts effectués au droit du travail ; pourtant, peut-être des échanges sont-ils intervenus à tort entre les deux branches du droit, au lieu de constater des conséquences similaires découlant d'une idéologie en confrontation avec le droit du travail comme avec le droit de la fonction publique.

Section 2 : Un métissage entre droit du travail et droit de la fonction publique

Le droit du travail et le droit de la fonction publique sont deux droits singuliers, que l'on a tendance à opposer, bien qu'ils possèdent un objet commun ou similaire : ils traitent tous d'eux d'activité professionnelle, d'emploi, de travail. Néanmoins, un dialogue s'installe progressivement : les branches du droit échangent entre elles et s'empruntent mutuellement des mécanismes, parmi lesquels le contrat pérenne peut une fois de plus être une démonstration. Le contrat pérenne peut ainsi être envisagé comme la manifestation d'une nouvelle influence du droit du travail sur le droit de la fonction publique (1§). Les influences réciproques alimentent également la doctrine qui entrevoit dans ces échanges la création progressive d'un nouveau droit, liant droit de la fonction publique et droit du travail, un droit

⁷²⁹ CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p 228

hybride ou métissé (2§). Toutefois, les mises en difficultés communes unissent davantage le droit du travail et le droit de la fonction publique.

1 § L'influence du droit du travail en droit de la fonction publique

Lorsqu'on traite de l'influence du droit du travail en droit de la fonction publique, on pourrait supposer deux éléments : d'une part, si le terme d'influence est utilisé, cela vise à démontrer la répétition des échanges, les mimétismes, forçant le droit de la fonction publique à s'adapter et à se coordonner avec le droit du travail dont le contrat, individuel comme collectif, est l'instrument de prédilection (A). D'autre part, dans l'emploi du terme « influence » et l'absence de réciprocité on pourrait supposer que seul le droit du travail inspire le droit de la fonction publique. Or, il est davantage question de métissage, d'hybridation ou encore de syncrétisme, ce qui suppose des influences réciproques (B). En effet, si le contrat pérenne peut apparaître comme un exemple parfait de l'influence du droit du travail, ce dernier emprunte également de nombreux particularismes ou mécanismes au droit de la fonction publique : il s'agit donc bien d'un échange et d'un dialogue entre les deux branches du droit.

A – Une influence travailliste dans le processus de métissage entre droit du travail et droit de la fonction publique

Un processus visant à rapprocher le droit du travail du droit de la fonction publique semble avoir débuté depuis quelques années. Le rapprochement de l'*a priori* inconjugable laisse place à toutes les suppositions : certains traitent d'harmonisation, d'autres prédisent l'unification des deux droits, et la plupart s'accordent à reconnaître une forme de métissage, d'hybridation du droit de la fonction publique et du droit du travail. Le droit du travail influence le droit de la fonction publique à travers des emprunts, parfois manifestes (1), mais quelques fois implicites, dont l'idée travailliste ressort ou dont la volonté n'est pas clairement exprimée (2). Cela suscite des interrogations, car les emprunts les plus importants, ou dommageables, sont bien souvent ceux qui sont dissimulés.

1 – Des emprunts manifestes du droit de la fonction publique au droit du travail

156 – Distinctions et convergences entre droit de la fonction publique et droit du travail

« *Le droit de la fonction publique est aussi un droit du travail* »⁷³⁰. Comme l'exprime cette citation tirée d'un article publié par Emmanuelle Marc et Yves Struillou, le droit du travail et

⁷³⁰ MARC (Emmanuelle), STRUILLLOU (Yves), « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle ? », *loc. cit.*

le droit de la fonction publique ne sont pas deux branches du droit qui gravitent autour d'un objet similaire, qui traitent de questions semblables, sans se croiser, mais bien deux domaines du droit aux réciprocity évidentes et presque inévitables. Si *a priori* le droit du travail et le droit de la fonction publique sont deux branches du droit singuliers, dont la distinction est évidente puisque le droit de la fonction publique a choisi de s'émanciper des règles du droit commun du travail, en réalité, marquer une frontière entre les deux s'avère bien plus complexe. Ainsi, lorsqu'on traite des relations entre droit du travail et droit de la fonction publique, on est dans l'obligation de mêler deux éléments contraires : les distinctions et les convergences entre les deux droits. Afin de traiter des emprunts manifestes, et implicites, effectués par le droit de la fonction publique au droit du travail, il convient toutefois de rappeler deux éléments essentiels éclairant ces échanges : tout d'abord, la difficile distinction des deux droits.

Comme cela a été mentionné, la distinction paraît claire au premier abord ; toutefois, elle est bien plus complexe et on se heurte rapidement à une succession de dichotomies et de différenciations. Le droit du travail est le cadre juridique organisant les relations individuelles et collectives dans l'entreprise. L'objet du droit de la fonction publique est quasi-identique, puisque ce dernier correspond au cadre juridique organisant les relations professionnelles, individuelles et collectives entre les agents, titulaires comme non titulaires, et l'administration. Au regard de cette première définition, Emmanuelle Marc et Yves Struillou⁷³¹ effectuent une première conclusion, citée préalablement : le droit de la fonction publique serait alors un droit du travail. Toutefois, si tel est le cas, on pourrait qualifier le droit de la fonction publique de droit public du travail. Or le droit public du travail désigne déjà un domaine bien précis, un corpus de règles de droit public désignant l'intervention de l'administration dans les relations de travail. Ces mêmes règles sont également nommées et visées lorsqu'on traite de « droit administratif du travail ». Il est donc évident que la difficile distinction des deux droits amène à une juxtaposition de définitions et une classification parfois quelque peu obscure.

Si la différenciation paraît évidente, lorsqu'on s'attache à la qualification, les frontières deviennent floues, complexes et pénétrables. On parviendrait presque à se demander, finalement, qu'est-ce qui nécessite une telle différenciation et un sentiment d'opposition, d'impossible conciliation entre deux branches du droit aux convergences originelles aussi

⁷³¹ MARC (Emmanuelle), STRUILLOU (Yves), « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle ? », *loc. cit.*

fortes et remarquables ? Si les divergences trouvent toutefois des causes et des manifestations nombreuses, le constat d'emprunts, même manifestes, ne peut provoquer grand étonnement.

Cette absence d'étonnement, se constate également avec le deuxième élément important à relever au préalable : la constatation d'échanges entre les deux droits n'est pas contemporaine, bien au contraire. L'approche historique présentée auparavant nourrit également un constat frappant démontrant une certaine fascination et obstination à travailler sur les convergences comme les divergences des deux droits. Telles des prédictions, chaque tranche d'âge a vu depuis la création et l'installation des deux disciplines, différents auteurs et juristes traiter d'un futur rapprochement, ou d'une prochaine réunification, du droit de la fonction publique et du droit du travail. Les professeurs Jean Rivero, Paul Durand ou encore Jacques Caillosse ont traité ces questions à de nombreuses reprises, et on pourrait bien évidemment remonter bien plus loin dans le temps. Ce constat sera poursuivi de nos jours, avec des éléments nouveaux confirmant la prédiction énoncée il y a bien longtemps. Comme cela est demandé par Emmanuelle Marc et Yves Struillou⁷³², « *pourquoi éprouver alors le besoin de revenir sur l'analyse d'un phénomène déjà étudié* » ? Au-delà de l'intemporalité de la fascination pour les convergences et divergences entre le droit de la fonction publique et le droit du travail, les exemples contemporains foisonnent et intensifient le constat d'un rapprochement, rendant la réintroduction de l'analyse et du débat inéluctable.

157 – Des exemples d'emprunts manifestes entre droit de la fonction publique et droit du travail

Une liste longue et exhaustive des emprunts manifestes pourrait être donnée tant les échanges entre le droit du travail et le droit de la fonction publique s'avèrent riches ; néanmoins, il ne sera traité dans un premier temps que des exemples de l'influence du droit du travail dans la fonction publique. De fait, seuls deux corpus d'exemples probants seront donnés afin d'étayer le propos : l'insertion de mécanismes de gestion et de protection découlant tous deux *a priori* du droit du travail.

Les pratiques en termes de gestion des ressources humaines en droit de la fonction publique, qui constituaient auparavant presque un domaine « tabou » qui devait demeurer étranger au droit de la fonction publique bien qu'existant fortement en filigrane, ont eu une influence considérable ces dernières années et cela sous diverses impulsions : l'insertion d'une logique

⁷³² MARC (Emmanuelle), STRUILLLOU (Yves), « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle ? », *loc. cit.*

davantage gestionnaire, le new public management, les méthodes managériales, la nécessité de répondre aux exigences de compétitivité et flexibilité, la rationalisation des dépenses, etc... Les mécanismes dits de « gestion » semblent étrangers à la logique de la fonction publique puisqu'en découlent une certaine subjectivisation, une individualisation, qui ne sont pas *a priori* conformes à l'idée de la fonction publique, qui, au contraire, repose sur le collectif et l'intérêt commun.

Comme exemple de mécanismes de gestion « empruntés » au droit du travail et faisant une apparition plus tardive en droit de la fonction publique, il y a tout d'abord l'évaluation des résultats individuels de l'agent. L'agent était auparavant évalué individuellement pour la prise en compte de son avancement sous la forme d'une notation et, progressivement la notation de l'agent a été abandonnée au profit d'un entretien d'évaluation, une pratique présente dans les entreprises privées dans leurs méthodes de gestion du personnel qui visent à prendre en compte de façon plus exhaustive les résultats et la performance de l'agent. Le décret du 29 avril 2002 relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'État⁷³³ a commencé par intégrer l'entretien d'évaluation en le couplant avec la notation, déjà appliquée. Outre l'introduction d'un entretien d'évaluation, le décret présente une nouveauté en adéquation avec l'entretien et l'évaluation proposée en objectivant les critères d'appréciation⁷³⁴. Pour Emmanuelle Marc et Yves Struillou, il s'agit d'un emprunt au droit du travail, puisqu'il y a appropriation d'une méthode de gestion pratiquée dans l'entreprise ; toutefois, les exigences imposées comme la compétence du comité technique ne sont pas sans rappeler celles qu'impose la chambre sociale de la Cour de Cassation dans la jurisprudence *Groupe Mornay* du 28 novembre 2007⁷³⁵. Enfin, après une expérimentation consistant à remplacer la notation par l'entretien professionnel, le décret du 28 juillet 2010⁷³⁶ supprima totalement la notation et reconnut l'entretien professionnel comme seul mécanisme d'évaluation de l'agent. Cet exemple d'emprunt au droit du travail est très révélateur, puisqu'à travers l'entretien professionnel s'installe, une certaine subjectivisation : on ne se focalise plus

⁷³³ Décret n°2002-682 du 29 avril 2002 relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'État, *JORF* : 2 mai 2002, n° 102, p 7995

⁷³⁴ *Ibid.* : « Des arrêtés ministériels, pris dans les mêmes conditions, fixent également soit par échelon ou par grade au sein d'un même corps, soit par corps, soit par groupe de corps ou groupe de grades relevant de corps différents, les critères d'appréciation des agents, les niveaux de notes, les marges d'évolution des notes ainsi que les modalités d'harmonisation préalable des notations ».

⁷³⁵ Cass, Soc, 28 novembre 2007, n° 06-21964, *RDT* : février 2008, p 11, note L. Lerouge : « c'est sans encourir les griefs du moyen que la cour d'appel a exactement décidé que le projet de l'employeur devait être soumis à la consultation du CHSCT chargé, par application de l'alinéa 1 de l'article L. 236-2 du code du travail, de contribuer à la protection de la santé des salariés ».

⁷³⁶ Décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'État, *JORF* : 30 juillet 2010, n°0174

désormais sur de l'abstrait comme la notation le démontrait, mais on prend en considération de manière plus effective le comportement individuel de l'agent.

Le deuxième exemple d'emprunt manifeste au droit du travail est celui de la formation tout au long de la vie de l'agent. La formation tout au long de la vie apparaît comme un deuxième exemple probant, institué dans un premier temps au bénéfice des salariés *via* la loi du 4 mai 2004⁷³⁷ qui institue un droit individuel à la formation (DIF). Le mécanisme a été étendu aux agents de la fonction publique par la loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007. Le mécanisme de formation tout au long de la vie est transposé de façon relativement fidèle aux fonctionnaires : il s'avère ainsi constituer un exemple démonstratif quant à l'intégration d'un instrument de gestion des ressources humaines présent dans l'entreprise vers la fonction publique. Une fois encore, il s'agit d'un exemple de subjectivisation, puisqu'on prend en considération l'agent de façon individuelle en lui permettant d'accéder à une formation dans le but d'évoluer ou encore de promouvoir la mobilité. On constate ainsi, avec les deux exemples choisis, que les emprunts au droit du travail en termes de gestion des ressources humaines conduisent à une certaine subjectivisation, une individualisation de l'agent dont les perspectives d'évolution sont adaptées et personnalisées.

Les emprunts manifestes du droit de la fonction publique au droit du travail peuvent également s'identifier autour de l'insertion de mécanismes de protection. Il ne s'agit pas de l'insertion de mécanismes nouveaux, étrangers au droit de la fonction publique, mais plutôt une certaine mise en conformité, en adéquation, du droit de la fonction publique par rapport au droit du travail. Le harcèlement moral, comme le CHSCT, ne sont ni des notions, ni des instances, inconnues en droit de la fonction publique. Néanmoins, le droit de la fonction publique semble mettre plus de temps dans l'évolution de ces mécanismes : le droit du travail distance quelque fois la fonction publique, qui tente bien longtemps après de reprendre les dispositions du code du travail et de les intégrer pour les agents. L'exemple du harcèlement moral, sa sanction comme sa prévention, est très démonstratif puisqu'il s'agit véritablement d'échanges. La loi du 17 Janvier 2002⁷³⁸ a introduit, simultanément, dans le code du travail et dans le titre 1^{er} du statut général des fonctionnaires les dispositions relatives au harcèlement moral. Toutefois, une différenciation subsistait entre les dispositions du code du travail et

⁷³⁷ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *JORF* : 5 mai 2004, n°105 : « *La formation professionnelle continue a pour objet de favoriser l'insertion ou la réinsertion professionnelle des travailleurs, de permettre leur maintien dans l'emploi, de favoriser le développement de leurs compétences et l'accès aux différents niveaux de la qualification professionnelle, de contribuer au développement économique et culturel et à leur promotion sociale* ».

⁷³⁸ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JORF* : 18 janvier 2002

celles relatives aux agents de la fonction publique puisque, contrairement au droit de la fonction publique, le code du travail exigeait que le défendeur prouve l'inexistence du harcèlement. Il y a ainsi une distinction des deux branches du droit dans la charge de la preuve puisque, outre l'intégration de dispositions reconnaissant le harcèlement moral, le code du travail a élargi l'obligation de protection à la charge de l'employeur à la notion de « santé mentale ». Cette distinction peut s'expliquer par la prise en compte du rôle actif que joue traditionnellement le juge administratif dans l'administration de la preuve. Cette différenciation amenait toutefois la doctrine à se demander « *pourquoi la santé mentale et physique serait mieux assurée selon l'employeur, privé ou public ?* »⁷³⁹. Néanmoins, l'accord du 20 Novembre 2009 sur la santé et la sécurité au travail a tenté de combler les lacunes de la fonction publique dans la prévention du harcèlement moral, qu'il faut dissocier de l'obligation de sécurité. L'exemple du harcèlement moral s'avère ainsi instructif puisqu'il démontre divers éléments : d'un côté, il atteste des échanges entre les deux droits qui ont adopté des dispositions communes ; d'un autre côté, l'exemple démontre une fois de plus des emprunts du droit de la fonction publique au droit du travail puisque sur la question de la prévention, une différenciation s'opérait entre les deux droits. Le droit de la fonction publique, bien qu'ayant un fonctionnement différent et singulier, a tenté de rattraper son retard en s'inspirant de la conception travailliste en la matière.

2 – Des emprunts implicites du droit de la fonction publique au droit du travail

158 – Vocabulaire et sémantique : une évolution démonstratrice d'emprunts implicites

Les emprunts manifestes du droit de la fonction publique au droit du travail sont nombreux, et certains exemples ont été sélectionnés. Toutefois, tout processus de rapprochement et toute constatation de ce dernier passent par une voie plus implicite, détournée, pourtant à l'origine des changements de conception : une certaine appropriation d'un vocabulaire, d'un champ lexical nouveau et très révélateur.

Le premier exemple que l'on pourrait exposer dans ce changement de vocabulaire et sémantique est certainement le plus important et le plus révélateur : il concerne tout d'abord l'État comme employeur. Si auparavant on considérait que l'État ne pouvait être considéré comme un employeur comme les autres : « *Aucun gouvernement n'acceptera jamais que les agents des services publics soient assimilés aux ouvriers des entreprises privées parce que*

⁷³⁹ STRUILLLOU (Yves), « Le droit du travail, horizon indépassable du droit de la fonction publique ? », *loc. cit.*

cette assimilation n'est ni raisonnable ni légitime »⁷⁴⁰, aujourd'hui il semble que l'impossible selon Clémenceau devienne justement envisageable. Le « tabou » de l'État-employeur semble bien aboli. Cette citation comme la conception en découlant résume parfaitement l'idée sur laquelle repose la construction de la fonction publique : l'État n'est pas un employeur comme les autres. Les agents travaillant pour l'État ne sauraient ainsi être considérés comme des salariés des entreprises privées : ce sont des serviteurs de l'État. Toutefois, aujourd'hui cette conception semble s'étioler. Les rapports portant sur la fonction publique, ses perspectives et son avenir, s'avèrent une fois de plus très instructifs. Le rapport Pochard de 2003 dans un premier temps, après avoir cité la célèbre phrase de Clémenceau, ne tire pourtant pas les conclusions de cette dernière en analysant les problématiques actuelles de la fonction publique comme étant la démonstration de « *la faiblesse de l'État-employeur* »⁷⁴¹. Le livre blanc de 2008 poursuit l'assimilation, en général, des collectivités publiques à des entreprises privées en précisant que : « *les collectivités publiques – [qui] sont, au premier chef, des entreprises de personnel* »⁷⁴². Enfin, le rapport Pêcheur de 2013 emprunte le même champ lexical en présentant l'État comme un « *gérant* »⁷⁴³. On retrouve ainsi toutes les caractéristiques des rapports qui ont été présentés : le constat d'un renouveau que l'on tente de « raccrocher » à l'histoire et à son évolution.

Néanmoins, les rapports ne sont pas les seuls exemples d'un changement de vocabulaire orienté vers une logique d'emploi et se rapprochant du domaine de l'entreprise : le législateur qualifie également l'État « *d'entreprise-État* » comme le démontre le rapport du sénateur Hugues Portelli relatif au projet de loi de modernisation de la fonction publique en 2006⁷⁴⁴. Tous ces exemples relatifs à l'assimilation de l'État à un employeur, ou à une entreprise, démontrent l'emploi d'un champ lexical emprunté à la sphère privée. Cette première démonstration est effectuée car elle apparaît comme le point de départ d'un nouveau vocabulaire qui ne se limite pas à la seule constatation d'un changement de sémantique, mais bien une fois de plus à l'introduction d'une nouvelle idéologie étant *a priori* en contradiction avec le socle d'idées et de valeurs promues originellement dans la fonction publique. L'étude de la sémantique apparaît alors comme fondamentale afin de percevoir le changement progressif de conception s'opérant en droit de la fonction publique.

⁷⁴⁰ Georges Clémenceau, cité dans : Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Etudes et documents du Conseil d'État », n° 54

⁷⁴¹ Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Etudes et documents du Conseil d'État », n° 54, p 245

⁷⁴² SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 95

⁷⁴³ PECHEUR (Bernard), *Rapport sur l'avenir de la fonction publique*, Bibliothèque des rapports publics, La documentation française, 2013, p 65

⁷⁴⁴ Sénat, PORTELLI (Hugues), rapport n°113, projet de loi de modernisation de la fonction publique, 13 décembre 2006

Bien évidemment, si le point de départ des emprunts implicites peut-être constitué par l'utilisation d'une analogie entre l'État et l'entreprise, le champ lexical s'y référant se déploie suivant cette assimilation. Sont ainsi constatées diverses évolutions révélatrices dans la sémantique et une certaine « professionnalisation » du vocabulaire. Est également relevé l'insertion de notions utilisant le terme de « professionnel ». Si le « résultat » est également inséré et découle de la notion de performance qui pose toujours débat lorsqu'on traite de fonction publique, y sera souvent préférée l'expression « d'engagement professionnel ». Un autre exemple peut être apporté avec la substitution de la « formation permanente » pour « la formation professionnelle tout au long de la vie ». À côté de cette « professionnalisation » des termes employés, on retrouve également une volonté de subjectivisation relevée préalablement dans les emprunts manifestes. On remplacera alors la notation par « l'entretien d'évaluation », qui dénote bien l'aspect « personnalisé » de l'évaluation qui ne se limite plus à une abstraite notation, mais bien à une prise en compte générale des capacités et des faiblesses de l'agent. Dans le recrutement, on utilisera également les termes de « profils » et on effectuera des fiches de postes prenant en compte les « savoirs, savoir-faire et savoir-être » souhaités de l'agent selon le poste occupé. Toutes ces modifications et les quelques exemples présentés démontrent ainsi l'emploi d'un vocabulaire bien présent en droit du travail et dans le domaine de l'entreprise, que l'on pourrait encore bien élargir avec le « cumul d'emploi », ou encore « la mobilité ». Si *a priori* il ne s'agit que de sémantique, il ne faut pourtant pas limiter le rôle de cette dernière qui apparaît comme fondamentale dans l'intégration de pratiques et de notions qui étaient pourtant étrangères au droit de la fonction publique auparavant.

On notera également quelques hésitations sur certains termes *a priori* évincés dans la fonction publique que l'on tentera de substituer par des synonymes : la loi de 2016⁷⁴⁵ revient ainsi sur l'impopulaire « *performance collective* » en la requalifiant de « *résultats collectifs* ».

B – Une réciproque dans le processus de métissage

Lorsqu'on traite de métissage entre droit du travail et droit de la fonction publique, les récentes réformes forcent à s'attarder davantage sur les emprunts du droit de la fonction publique au droit du travail. Toutefois, la réciproque est également vérifiable et le droit du travail s'inspire également du droit de la fonction publique, notamment les principes et valeurs sur lesquelles il repose (1). Puisqu'il y a des manifestations d'échanges dans les deux

⁷⁴⁵ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* : 21 avril 2016, n°0094, texte n°2

sens, il est logique de préjuger que les deux droits s'inspirent du meilleur et du plus opportun de l'autre ; toutefois, comme le démontre le contrat pérenne lorsqu'on traite de précarité et de sa résorption, les réponses empruntées semblent utilisées partiellement. L'objectif n'est donc pas de sécuriser *via* des mécanismes plus efficaces (2).

1 – Une influence du droit de la fonction publique en droit du travail

159 - Un socle commun de notions à l'origine de la réciprocité

Lorsqu'on traite d'échanges entre droit du travail et droit de la fonction publique, on observe bien évidemment une réciprocité : le droit public, plus précisément le droit de la fonction publique, influence également le secteur privé et le droit du travail. Cela s'explique simplement par des similitudes originelles, que l'on a eu tendance à gommer et renier progressivement.

Tout d'abord, une notion fondamentale est commune : le rapport à l'autorité et le lien de subordination. Toutefois, les réponses apportées diffèrent en raison des deux logiques *a priori* opposées sur lesquelles reposent le droit du travail et le droit de la fonction publique : la logique contractuelle et la logique statutaire. Ainsi, bien qu'ayant un objet commun, « *l'opposition des logiques contractuelles et statutaires a ainsi gommé la matrice commune des relations individuelles : le modèle hiérarchique militaire* »⁷⁴⁶. Le lien de subordination est fondamental en droit du travail, puisqu'il permet de qualifier le contrat de travail, mais il existe bien évidemment en droit de la fonction publique également, la soumission aux ordres et instructions du supérieur étant une préoccupation commune aux deux droits. Toutefois, la mise en œuvre du respect de l'autorité diffère, avec pour résultante une distinction majeure : les « travaillistes » ont privilégié la soumission volontaire tandis que les « publicistes » ont permis de consacrer *via* la notion d'autorité la supériorité de l'intérêt public. Autrement dit, le droit du travail a cherché à protéger le salarié de la puissance privée lorsque le droit de la fonction publique s'est appliqué à conforter la puissance publique. Ainsi, en droit de la fonction publique on ne retrouve pas, de façon générale alors que ce postulat souffre de nombreuses exceptions, la notion de consentement, un intérêt supérieur dépassant les simples relations entre l'administration et ses agents : l'intérêt général. De ces simples énonciations découlent divers constats nécessaires à la poursuite de la présente étude.

⁷⁴⁶ MARC (Emmanuelle), STRUILLLOU (Yves), « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle ? », *loc. cit.*

La théorie juridique de l'institution édiflée, pour majeure partie, par Maurice Hauriou⁷⁴⁷ a nourri de nombreuses réflexions, notamment celles des « travaillistes », dont Paul Durand⁷⁴⁸, concernant la nature juridique de l'entreprise. La théorie institutionnelle de l'entreprise repose sur l'engagement et la dévotion du salarié envers l'entreprise et non pas sur le seul lien du travail et le salaire en conséquence. L'entreprise serait alors une institution, dont les membres formeraient une association solidaire et unie. Le pouvoir de l'employeur résulterait dès lors de l'adhésion de la communauté. Cette théorie qui paraissait marginalement présente en droit du travail, trouve toutefois des émanations à travers la notion « d'intérêt de l'entreprise » présente dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation⁷⁴⁹. Poussée par les crises économiques et un contexte social complexe dès les années 1980, la chambre sociale de la Cour de Cassation a notamment utilisé la théorie institutionnelle de l'entreprise afin de contrôler le caractère sérieux du motif économique en cas de réorganisation de l'entreprise et a affiné cette logique progressivement⁷⁵⁰. Le mouvement d'objectivisation de la chambre sociale s'est également développé concernant le contrôle du motif personnel du licenciement : ainsi, concernant le licenciement du salarié pour un fait survenu dans sa vie personnelle, la Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 22 janvier 1992 qu'il « *ne peut être procédé à un licenciement pour une cause tirée de la vie privée du salarié que si le comportement de celui-ci, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* »⁷⁵¹. On retrouve dans la décision des similitudes entre l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt du service. La consécration de la théorie institutionnelle de l'entreprise se distingue par les différentes interventions jurisprudentielles et législatives venant sanctionner de nullité les décisions de l'employeur négligeant ou méconnaissant les principes et droits fondamentaux. En vertu de ces exemples, Emmanuelle Marc et Yves Struillou entrevoient un « *rapprochement entre les sphères publiques ou privées* »⁷⁵², puisque s'agissant d'un salarié ou d'un agent, nul « *ne saurait être*

⁷⁴⁷ HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, 1^{re} éd. 1923, 2^e éd. Sirey, 1929

⁷⁴⁸ DURAND(Paul), JAUSSAUD (Robert), *Traité de Droit du travail, Tome 1*, in : Dalloz, 1947, 587 p.

⁷⁴⁹ MARC (Emmanuelle), STRUILLLOU (Yves), « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle ? », *loc. cit.*

⁷⁵⁰ Cass, Soc. 5 avr. 1995, *Sté Thomson Tubes et Displays*, n° 93-42.690 ; *Bull. Civ. V.* n° 123 ; *D.* : 1995, p 503, note M. Keller ; *D.* : 1995, p 367, obs. I. De Launay-Gallot ; *GADT*, 4^{ème} éd., 2008, n° 114-116 ; *Droit soc.* : 1995, p 489, note G. Lyon-Caen : « *lorsqu'elle n'est pas liée à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques, une réorganisation ne peut constituer un motif économique que si elle est effectuée pour sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité* ».

⁷⁵¹ Cass, Soc. 22 janvier 1992, *Mme Rossard ctre Société Robuchon*, n° 90-42.517 ; *D.* : 1992, p 329 ; *Droit soc.* : 1992, p 329, note J. Savatier

⁷⁵² MARC (Emmanuelle), STRUILLLOU (Yves), « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle ? », *loc. cit.*

privé de travail pour un motif illicite »⁷⁵³. L'intégration de la théorie institutionnelle de l'entreprise constitue un exemple probant d'emprunt du droit du travail au droit de la fonction publique afin de répondre à la question épineuse de la conciliation entre le pouvoir et la liberté.

161 – Une appropriation des outils de contrôle

Toutefois la recherche de réponse du côté de la théorie institutionnelle de l'entreprise par la chambre sociale de la Cour de Cassation est également révélatrice d'un autre emprunt : une certaine appropriation des outils du juge administratif par le juge judiciaire. On retrouve ainsi dans de nombreux exemples jurisprudentiels, l'utilisation par le juge judiciaire de deux outils de contrôle traditionnels et fondamentaux du juge administratif : le contrôle de la justification et le contrôle de proportionnalité, utilisés dans la conciliation de l'autorité et la liberté. Ainsi par exemple « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée* »⁷⁵⁴. Il s'agit donc d'un contrôle de proportionnalité entre la faute commise par le salarié et l'atteinte à un de ses droits : le respect de sa vie privée. Cette proportion recherchée et contrôlée se retrouve également dans le règlement intérieur puisque la loi du 4 août 1982 a introduit dans le code du travail le principe en vertu duquel le règlement intérieur « *ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* »⁷⁵⁵. Il s'agit ainsi d'une application d'une recherche de proportionnalité entre l'atteinte aux libertés individuelles et collectives du salarié et l'autorité de l'employeur, mais également une manifestation d'un mouvement de publicisation des relations.

Les emprunts concernant le chef d'entreprise poursuivent ceux étudiés précédemment : la publicisation des relations, la recherche de proportion entre autorité et liberté et la théorie institutionnelle de l'entreprise, puisqu'un certain mouvement d'objectivisation des décisions du chef d'entreprise est relevé, provenant du législateur comme de la jurisprudence, de la chambre sociale et du Conseil d'État⁷⁵⁶. Ainsi dans l'exemple du règlement intérieur, deux

⁷⁵³ MARC (Emmanuelle), STRUILLOU (Yves), « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle ? », *loc. cit.*

⁷⁵⁴ *Ibid.*

⁷⁵⁵ Loi n°82-689 du 4 Aout 1982 modifiant l'article L 122-35 du code du travail, *JORF* : 6 Août 1982, art.1,

⁷⁵⁶ CE, 1^{er} février 1980, *Ministre du travail ctre Société Peintures Corona*, n° 06361, *Recueil Lebon* p 59, concl. M. Bacquet : « *lorsque le chef d'entreprise exerce les pouvoirs qui lui sont reconnus par ces dispositions pour assurer l'hygiène et la sécurité sur les lieux de travail, il ne peut apporter aux droits de la personne que les restrictions qui sont nécessaires pour atteindre le but recherché ; qu'il appartient à l'inspecteur du travail [...] d'exiger le retrait ou la modification des dispositions du règlement intérieur qui seraient contraires aux lois et règlements* ».

approches s'affrontent : une individualiste et une institutionnelle, en faveur de laquelle semble pencher la jurisprudence.

2 – Une réciproque éloignée d'une volonté de résorption de la précarité

162 – Des échanges entre droit de la fonction publique et droit du travail aux effets positifs

Différentes questions s'imposent quant aux échanges entre droit du travail et droit de la fonction publique ainsi que leur influence réciproque. Suite aux nombreux exemples apportés, il est indéniable que de nombreux éléments positifs sont à relever. L'inspiration travailliste dans les mécanismes de gestion comme dans les mécanismes protecteurs ne peut être accueillie que de façon positive, principalement lorsqu'on traite de protection. La jurisprudence administrative a donc adopté des positions similaires au droit du travail notamment à travers des principes généraux du droit comme celui consacré par l'arrêt du 8 juin 1973, *Dame Peynet*⁷⁵⁷ relatif au licenciement d'une agent enceinte. Dans le sens inverse également, le juge judiciaire de la chambre sociale de la Cour de Cassation s'est inspiré des méthodes et des outils de contrôle du juge administratif, notamment du contrôle de proportionnalité entre l'exercice de l'autorité et les atteintes portées aux libertés. De même, l'application de la théorie institutionnelle de l'entreprise a permis au droit du travail de trouver une réponse proportionnée afin de préserver l'intérêt de l'entreprise, et des salariés, face aux intérêts particuliers et privés. Ainsi, la conclusion s'éloigne d'une critique sans nuance des échanges entre les deux branches du droit, qui peuvent être accueillis très positivement et qui s'avèrent particulièrement intéressants. Néanmoins, il ne s'agit pas non plus de louer le métissage exercé entre le droit du travail et le droit de la fonction publique sans y entrevoir aucun point négatif. Lorsqu'on traite de la question de la sécurisation, force est de constater qu'à côté des points positifs permettant tantôt les préservations des intérêts communs et collectifs, tantôt une protection plus accrue, une certaine harmonisation moins positive, ou du moins partiellement négative, peut tout de même être relevée.

163 - Une « harmonisation vers le bas »

À côté des points positifs, des éléments plus inquiétants peuvent être relevés dans le processus d'harmonisation entre droit de la fonction publique et droit du travail. Un terme très en vogue

⁷⁵⁷ CE, 8 juin 1973, *Dame Peynet*, n° 80232, R. 406, concl. S. Grevisse ; *AJDA* : 1973, p 587, chron. D. Leger et M. Boyon, *JCP* : 1945. II. 17957, note Y. Saint-Jours : « Mais considérant que le principe général, dont s'inspire l'article 29 du livre 1^{er} du code du travail, selon lequel aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse, s'applique aux femmes employées dans les services publics lorsque, comme en l'espèce, aucune nécessité propre à ces services ne s'y oppose ».

est souvent employé actuellement : « l'harmonisation vers le bas ». On utilise cette expression dans de nombreux domaines, souvent certains l'évoquent en traitant de la politique européenne qui vise à harmoniser différents mécanismes reflétant la politique des États membres en s'inspirant, selon eux, des modèles les moins favorables socialement ou économiquement⁷⁵⁸. L'expression « harmoniser vers le bas » signifie alors s'ajuster, « *mettre quelque chose en accord avec quelque chose d'autre* »⁷⁵⁹ en prenant le modèle le moins opportun comme règle, comme exemple à suivre. Certains déplorent ainsi une harmonisation en défaveur des agents de la fonction publique. Prenons l'exemple, très politique et controversé, de l'insertion d'un jour de carence pour le congé de maladie ordinaire dans la fonction publique. Véritable symbole d'une inégalité entre salariés et agents publics pour certains, suite à l'expression d'un fort désir de lutter contre l'absentéisme, l'article 105 de la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012 a instauré un jour de carence pour le congé de maladie ordinaire dans la fonction publique. Autrement dit, cela consiste en ce que la rémunération de l'agent ne soit pas versée le premier jour de son congé maladie⁷⁶⁰. Le salarié en congé maladie ne pourra donc être indemnisé qu'à partir du quatrième jour de l'incapacité de travail, trois jours de carence sont donc mis en œuvre. Afin de mettre fin partiellement à cette inégalité, un jour de carence a été inséré pour les agents publics. Ainsi, il s'agit d'un début d'alignement entre l'agent public et le salarié. Ce n'est donc pas un exemple d'harmonisation entre droit du travail et droit de la fonction publique, mais il est question de manière plus générale de droit social dont le droit de la sécurité sociale fait partie, et d'une amorce d'harmonisation de traitement en matière de congé maladie entre salariés et agents. Toutefois, diverses critiques ont rapidement été formulées : sur le texte lui-même dont « *la mise en œuvre pratique s'avère plus sujette à interrogation* »⁷⁶¹, mais également sur les effets de la mise en œuvre d'un jour de carence. Si les arguments donnés s'articulent autour du rétablissement de l'égalité entre salariés et agents publics, cette réinsertion ne prend pas la mesure des pratiques du secteur privé dont différentes conventions collectives plus favorables permettent aux salariés d'être rémunérés dès le premier jour. Si on ne peut véritablement traiter d'alignement puisqu'il ne s'agit que d'un jour de carence, contrairement aux trois jours imposés au salarié, finalement la nouvelle loi relative aux agents publics s'avère bien plus préjudiciable envers ces derniers. De plus, l'argument de l'absentéisme et de sa lutte avec

⁷⁵⁸ Les économistes atterrés, « Changer l'Europe ! », in : LLL Les Liens qui Libèrent, 2013.

⁷⁵⁹ www.larousse.fr

⁷⁶⁰ Code de la sécurité sociale, article R 323-1 : « *Le point de départ de l'indemnité journalière définie par le 4° de l'article L. 321-1 est le quatrième jour de l'incapacité de travail* ».

⁷⁶¹ JEAN-PIERRE (Didier), « L'instauration d'un jour de carence pour le congé de maladie ordinaire dans la fonction publique », in : La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales, n° 5, 6 février 2012, act.68

l'instauration d'un jour de carence dans la fonction publique ne semble pas tenir : cela ne s'avère pas véritablement efficace et il s'agit davantage de l'expression d'une logique comptable visant à faire des économies. Face aux arguments invoqués et au débat provoqué, le jour de carence fut supprimé le 1^{er} janvier 2014. Toutefois, le débat reste plus que jamais d'actualité, le Sénat ayant voté le 7 mai 2015, contre l'avis du gouvernement, l'instauration de trois jours de carence en cas de congé maladie ordinaire dans la fonction publique à l'occasion de l'examen du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, amendement qui ne fut pas retenu lors de l'adoption de la loi du 6 août 2015 dite « loi Macron »⁷⁶². Si l'amendement en question a été abandonné, l'intervention du Sénat sur cette question démontre bien qu'elle demeure toujours une préoccupation actuelle⁷⁶³.

Cet exemple, bien qu'éloigné du droit du travail mais traitant du droit social, est très démonstratif. Il est bien question d'une « harmonisation vers le bas » puisque le rétablissement de l'égalité est posé ainsi : si les salariés subissent trois jours de carence, les agents publics devraient se voir imposer le même traitement. Harmoniser « vers le haut » serait alors envisagé un alignement inverse : dès lors que les agents publics ne se voient pas imposer de jour de carence et que différentes conventions collectives permettent aux salariés d'être rémunérés dès le premier jour, il serait envisageable de supprimer les jours de carence pour les salariés. Toutefois, les exigences tenant à la rationalisation des dépenses ou au déficit de la sécurité sociale sont des problématiques qui rendent le débat bien plus complexe. Se distingue ainsi le deuxième point important découlant de l'exemple donné : il ne s'agit pas véritablement d'une expression d'une harmonisation, considérée comme positive ou négative, mais la mise en œuvre d'une logique comptable visant à limiter les dépenses et à faire des économies. Tout simplement, peut-être que l'on traite à tort d'harmonisation, et lorsque beaucoup entrevoient un rapprochement quelconque entre le secteur privé et le secteur public, ces derniers devraient se focaliser davantage sur cette seule logique comptable afin d'en comprendre les raisons et motivations. On chercherait dès lors des causes et on exercerait des constats sur des échanges qui dépassent les seules volontés, qui se résument à employer les solutions les moins coûteuses et les plus économiques. Enfin, peut-être dès lors, n'y aurait-il

⁷⁶² Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* : 7 Août 2015, n°0181

⁷⁶³ De plus, il semble que le même amendement ait été déposé au Sénat à l'occasion de l'examen de la loi de finances pour 2015 et 2016. Il est proposé d'insérer l'article additionnel suivant, avant l'article 24 A : « *Hormis les cas de congé de longue maladie, de congé de longue durée ou si la maladie provient de l'une des causes exceptionnelles prévues à l'article L. 27 du code des pensions civiles et militaires de retraite ou d'un accident survenu dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, les agents publics civils et militaires en congé de maladie, ainsi que les salariés dont l'indemnisation du congé de maladie n'est pas assurée par un régime obligatoire de sécurité sociale, ne perçoivent pas leur rémunération au titre des trois premiers jours de ce congé* ».

aucune véritable volonté de rapprocher le droit de la fonction publique et le droit du travail, mais davantage une recherche des solutions les plus propices en termes de gestion et de finance. L'exemple apporté est très révélateur d'un état d'esprit plutôt hostile envers la fonction publique et ses agents, gorgé de préjugés erronés comme l'absentéisme chronique et l'image d'un fonctionnaire privilégié qui n'effectue pas les mêmes sacrifices que le salarié.

Bien que toutes ces questions animent le débat, ne serait-ce que dans la simple existence d'une réelle volonté d'harmonisation, on ne peut toutefois que constater des emprunts réciproques entre droit du travail et droit de la fonction publique, laissant place aux plus grandes suppositions : la possible émergence progressive d'un nouveau droit hybride.

2 § La dynamique de rapprochement entre droit du travail et droit de la fonction publique

Les emprunts entre droit de la fonction publique et droit du travail sont évidents, nombreux, et ne datent pas d'aujourd'hui. Cette question a traversé les époques depuis la création des deux droits ; toutefois, la constatation d'un rapprochement s'avère aujourd'hui encore très contemporaine. Deux effets de ce phénomène « d'aimantation », c'est-à-dire de cette attirance irrésistible des deux droits tels des aimants, peuvent être relevés. D'une part, l'hybridation : le mélange des droits est manifeste et « brouille » les pistes des frontières que l'on pensait bien marquées entre les sphères publique et privée (A). D'autre part, le deuxième élément réside dans la question de l'aboutissement de l'hybridation. Certains y entrevoient l'émergence progressive d'un nouveau droit métissé, une sorte de droit hybride empruntant à l'un comme à l'autre (B).

A – L'émergence d'une hybridation entre droit du travail et droit de la fonction publique

Après avoir relevé les échanges intensifs et répétés entre droit de la fonction publique et droit du travail, un constat s'impose : un phénomène d'hybridation entre droit de la fonction publique et droit du travail s'opère (1). Cette première constatation n'est pas nouvelle, puisqu'un rapprochement entre les deux droits a été à l'origine de bien des travaux et théories. Toutefois, expliquant certainement l'engouement contemporain vers ces questions anciennes, les perceptions actuelles de ces rapprochements semblent intensifiées et le contrat pérenne est une des conséquences de cette hybridation (2). Néanmoins, le contrat pérenne et les difficultés qui en découlent seraient peut-être davantage une consécration d'un syncrétisme entre les deux droits, qui échangent mais ne fusionnent pas véritablement laissant ainsi de nombreuses problématiques complexes aux allures insolubles.

164 – Hybridation, métissage et syncrétisme

Suite aux constats d'emprunts et d'échanges réciproques entre droit du travail et droit de la fonction publique, il convient désormais de dresser les conclusions nécessaires en présentant les effets de ces rapprochements. Nécessairement, puisqu'il y a emprunts, la question d'une harmonisation des deux droits semble indubitable ; afin de qualifier « le mélange » des deux droits, différents termes sont employés qu'il convient dans un premier temps d'explicitier. Le terme le plus utilisé par la doctrine actuellement pour qualifier ces rapprochements est l'hybridation. L'hybridation revêt la définition suivante: le « *Croisement entre deux variétés, deux races d'une même espèce ou entre deux espèces différentes* »⁷⁶⁴. On parle ainsi d'hybridation cellulaire, ou encore moléculaire. En géologie, l'hybridation a également une définition propre puisqu'elle vise le « *mélange entre deux magmas ou contamination d'un magma par son encaissant géologique* » et sera le « *synonyme d'assimilation* »⁷⁶⁵. Autrement dit, le rapprochement entre le droit du travail et le droit de la fonction publique par leurs emprunts répétés amènerait à un croisement des deux disciplines juridiques. Le mélange des deux « magmas » juridiques conduirait ainsi à la création d'un droit hybride. En biologie, un hybride « *Se dit d'un animal issu du croisement entre des lignées sélectionnées et plus ou moins consanguines à l'intérieur d'une même espèce* » ; en botanique, un hybride est « *une plante issue du croisement entre des parents nettement différents, appartenant à la même espèce (croisement entre lignées) ou à des espèces voisines (hybrides interspécifiques)* »⁷⁶⁶. Deux difficultés s'exposent avec l'emploi des termes « hybridation » et « hybride ». D'une part, le supposé droit « hybride » découlant des croisements du droit du travail et du droit de la fonction publique provient, selon les définitions présentées, d'une « même espèce » ou d'une « espèce voisine ». Cela reviendrait ainsi à considérer que le droit du travail et le droit de la fonction publique sont des droits similaires, voisins, or bien que ces derniers aient un objet commun ou similaire, ce sont deux droits singuliers, ayant une idéologie et une logique propres. Ainsi, la « greffe » entre les deux droits semble compromise. D'autre part, la deuxième difficulté provient justement de cet hybride : encore faut-il que l'on considère qu'au-delà des échanges et emprunts le droit du travail et le droit de la fonction publique fusionnent et créent ainsi un droit hybride, empruntant à chacun d'eux. En effet, si l'on constate des échanges, si les deux s'inspirent, on ne présente pas pour autant l'émergence

⁷⁶⁴ www.larousse.fr

⁷⁶⁵ *Ibid.*

⁷⁶⁶ *Ibid.*

d'un droit synthétisant les deux. Peut-être dès lors, les deux droits ne fusionnent pas, ne se « mélangent » pas, mais simplement empruntent l'un à l'autre. La notion « d'hybridation », bien que très utilisée pour caractériser les effets des rapprochements entre les deux disciplines juridiques, semble dépasser le simple constat d'échanges et conduit nécessairement à la création progressive d'un droit hybride.

Un deuxième terme est également employé afin de qualifier le rapprochement des deux droits : le « métissage ». La définition du métissage est la suivante: en botanique, le métissage est le « *croisement de variétés végétales différentes, mais appartenant à la même espèce* »⁷⁶⁷, et en biologie, il est le « *croisement entre animaux de la même espèce, mais de races différentes, destiné à créer, au bout de quelques générations, une race aux caractéristiques intermédiaires* »⁷⁶⁸. La qualification de « métissage », permettant ainsi de démontrer que le droit de la fonction publique et le droit du travail, par le témoignage d'emprunts répétés, manifestes comme implicites, seraient l'objet d'un « croisement », revêt différents avantages. Dans un premier temps, il permet d'échapper au caractère « non identifié » de l'hybride qui porte l'image d'un droit « mutant » ou « transgénique », en considérant que le droit du travail et le droit de la fonction publique seraient à l'origine d'un croisement, qui après quelques générations d'emprunts et d'échanges conduirait à la création d'un droit intermédiaire comportant les spécificités des deux branches. Toutefois, bien que l'on préfère le terme de « métissage », employer ce dernier comporte la même contrepartie que l'hybridation et suppose nécessairement que les deux droits fusionnent, ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle.

Dès lors, un troisième emploi sémantique serait le bienvenu : le « syncrétisme ». Le troisième terme se définit de la manière suivante : il désigne un « *système philosophique ou religieux qui tend à faire fusionner plusieurs doctrines différentes* » ou encore il vise une « *synthèse de deux ou plusieurs traits culturels d'origine différente, donnant lieu à des formes culturelles nouvelles* »⁷⁶⁹. Le syncrétisme, bien moins utilisé pour qualifier les effets des échanges entre droit du travail et droit de la fonction publique, présente au premier abord une définition similaire aux deux précédentes. Toutefois, si le terme de « fusion » est également employé dans la définition du syncrétisme, la principale distinction porte tout de même sur ce point. Les deux doctrines fusionnent, mais l'objet en découlant n'est pas une synthèse des deux doctrines différentes mais une « forme nouvelle ». C'est-à-dire que l'emploi du terme de

⁷⁶⁷ www.larousse.fr

⁷⁶⁸ *Ibid.*

⁷⁶⁹ *Ibid.*

« syncrétisme » permet d’imaginer que le croisement ou le mélange du droit du travail et du droit de la fonction publique ne donnerait pas comme résultat un hybride, moitié l’un, moitié l’autre, mais tout simplement un droit nouveau. Bien qu’il ne s’agisse que de questions de sémantique, ces dernières ont une véritable importance puisqu’à travers leur emploi, différentes options en découlent. Chaque définition employée donne une vision au-delà des échanges et imagine une synthèse ou une fusion des deux droits, ce qui demeure un point à démontrer. Les notions seront utilisées de façon indifférenciée, bien qu’une préférence pour le terme de « syncrétisme » apparaisse opportune.

165 – Le constat d’une harmonisation issue des influences réciproques

Après avoir démontré que de nombreux emprunts s’opéraient entre droit du travail et droit de la fonction publique, la question d’une harmonisation entre les deux branches du droit apparaît nécessairement. Si la question est nécessaire, elle est aussi intemporelle. En effet, différents auteurs se sont posés cette même question et ont constaté une fissure dans l’édifice séparant le droit du travail du droit de la fonction publique depuis bien longtemps. Léon Bourgeois, homme politique français de la III^{ème} République et lauréat du prix Nobel de la paix en 1920 clamait déjà, peut-être avec clairvoyance, qu’un « *grand pan de mur tombe entre le droit public et le droit privé [...] Les grandes barrières qui séparaient le droit privé du droit public fléchissent et ne tarderont pas à disparaître un jour. Droit public et droit privé fusionneront* »⁷⁷⁰. Si l’hybridation entre droit du travail et droit de la fonction publique était annoncée dès le début du XX^{ème} siècle, les juristes français, travaillistes comme publicistes, se sont également emparés du constat d’un rapprochement entre les deux droits et y ont entrevu une harmonisation progressive. Le statut général de la fonction publique en 1946 a également alimenté la doctrine. Jean Rivero dans une célèbre chronique de 1947 « *Vers la fin de la fonction publique ?* »⁷⁷¹ traitait du brouillage des frontières entre droit de la fonction publique et droit du travail suite à la reconnaissance du droit syndical et à la participation des agents dans la détermination de leurs conditions de travail. Si pour Jean Rivero, il s’agissait d’une crise de la fonction publique, engloutie en partie par le droit du travail, Paul Durand fit également en 1952 le constat inverse⁷⁷². Pour Paul Durand, « *le rapprochement des deux droits résulte d’un ensemble de facteurs. Il a été provoqué en partie par une évolution interne du droit du travail. Le développement de la législation étatique et celui des conventions*

⁷⁷⁰ BOURGEOIS (Léon), cité dans : LE GOFF (Jacques), *Du silence à la parole, une histoire du droit du travail, des années 1830 à nos jours*, op. cit., p 320-324

⁷⁷¹ RIVERO (Jean), « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », in : Dalloz, 1947. chron. 152.

⁷⁷² DURAND (Paul), « Naissance d’un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l’activité professionnelle », in : *Droit social*, juillet- Août 1952, n°7, p. 437

collectives ont réduit le domaine offert à la liberté des contractants et abouti à la formation d'un statut réglementaire des relations de travail »⁷⁷³. L'évolution du droit du travail a démontré, pour Paul Durand, que ce dernier « *s'infléchissait vers le droit de la fonction publique* »⁷⁷⁴ et le Professeur concluait de façon éclairante : « *la pensée scientifique des cinquante dernières années a créé le droit du travail. C'est l'édification d'un droit de l'activité professionnelle que nous devons attendre de la seconde moitié de ce siècle* »⁷⁷⁵. Loin de s'appauvrir, le débat perdure, au point d'alimenter de nouveaux exemples : Jacques Caillosse exprime toute l'incertitude gravitant autour du « *tracé* » instable « *de la frontière où se séparent nos deux régions juridiques* »⁷⁷⁶. Ainsi, le questionnement débute dès le début du XX^{ème} siècle, mais apparaît encore comme la quête ultime des juristes, qui évoquent à travers le temps le même constat en s'interloquant de la clairvoyance des précédents sans toutefois que la fusion n'ait jamais eu lieu. Si le débat semble toujours actuel, il est certain que cela provient de l'intensification du processus de rapprochement, ainsi que des nombreux exemples étayant toujours la thèse d'une frontière friable entre droit du travail et droit de la fonction publique. Le contrat pérenne apparaît dès lors comme un nouvel élément à ajouter à la longue liste des échanges et corrélations entre droit du travail et droit de la fonction publique : il justifie aussi la prédiction de l'émergence future d'un droit intermédiaire à l'intersection de ces deux branches du droit.

2 -Le contrat pérenne comme démonstration d'une hybridation entre droit du travail et droit de la fonction publique

166 – Le contrat pérenne, *a priori* une consécration de « l'emprise travailliste »

Le contrat pérenne est un des éléments alimentant encore aujourd'hui l'idée d'une hybridation entre droit du travail et droit de la fonction publique. On retrouve dans le contrat pérenne les différents postulats et constatations énoncés par les illustres Professeurs précités. Tout

⁷⁷³ DURAND (Paul), « Naissance d'un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », in : *Droit social*, juillet- Août 1952, n°7, p. 437

⁷⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁷⁶ CAILLOSSE (Jacques), « La constitution imaginaire de l'administration », in : PUF, coll. « Les voies du droit », 2008, p. 120 : « *Voilà qui n'est pas douteux : il existe bel et bien du droit public et du droit privé. Mais au-delà de cette affirmation, l'incertitude commence. À l'origine de cette invitation au doute, deux raisons majeures. D'abord, nos deux droits sont de plus en plus interdépendants, ils progressent en s'observant et en s'inspirant mutuellement : à la privatisation du droit public répond la publicisation du droit privé. Ensuite, et surtout, le tracé de la frontière où se séparent nos deux régions juridiques est d'une rare complexité. Loin de faire apparaître deux modèles juxtaposés et clairement délimités, il traverse chacun des deux mondes où il dessine, selon une logique qui n'appartient qu'aux juges, une multitude de figures instables* », cité par : MARC (Emmanuelle), STRUILLOU (Yves), « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle ? », *loc. cit.*

d'abord, le contrat pérenne est-il « *la fin de la fonction publique ?* »⁷⁷⁷. Au premier abord, le contrat pérenne apparaîtrait comme une manifestation parfaite de la primauté de l'influence travailliste sur la fonction publique. Pour des raisons de sécurisation des agents à durée déterminée précaires, on consacre et on insère le contrat de droit commun du travail en le juxtaposant ainsi aux côtés du recrutement statutaire. Le contrat pérenne serait dès lors l'exemple parfait d'un droit de la fonction publique partiellement englouti par le droit du travail qui s'immisce et met à mal les principes de la fonction publique. Néanmoins, le contrat pérenne de droit public n'est pas le contrat à durée indéterminée de droit privé. Ainsi, le contrat pérenne ou le contrat à durée indéterminée n'est pas l'apanage du droit du travail ; le contenu comme le régime du contrat à durée indéterminée de droit public sont bien différents de ceux du contrat de droit commun du travail. Comme expliqué à diverses reprises, très peu de place est consentie à l'exercice de la liberté contractuelle, de sorte que le contrat pérenne ne se compose que, de manière quasi exclusive, de règles statutaires étendues. On retrouve ainsi les mêmes « stigmates » énoncés par Paul Durand frappant le droit du travail, lesquels « *ont réduit le domaine offert à la liberté des contractants et abouti à la formation d'un statut réglementaire des relations de travail* »⁷⁷⁸. En définitive la situation de l'agent à durée indéterminée est plus comparable au fonctionnariat qu'au salariat. Dès lors, les seules convergences entre le contrat pérenne de droit public et de droit privé seraient en dehors de l'exécution du contrat, au recrutement et à la fin du contrat. Le recrutement, par l'échappatoire au concours, et la fin du contrat, notamment *via* le licenciement, constituerait ainsi les points d'attractivités du contrat pérenne de droit public.

167 – Le contrat pérenne, *a fortiori* une consécration de l'émergence d'un droit intermédiaire

Le contrat pérenne ne pourrait se résumer à la seule manifestation de l'emprise du droit du travail sur le droit de la fonction publique, mais serait davantage un croisement, un « hybride », moitié travailliste dans l'essence par la faveur contractuelle, moitié publiciste dans l'exécution. On assiste dès lors à une manifestation de « *l'édification d'un droit de l'activité professionnelle* »⁷⁷⁹, un droit intermédiaire, empruntant au droit du travail comme au droit de la fonction publique. Ce « nouveau droit » et sa manifestation par le contrat pérenne a toutefois bien du mal à s'insérer dans la logique statutaire du droit de la fonction publique et démontre certaines incohérences. L'objectif de sécurisation est connu, le résultat est étudié, néanmoins le chemin reliant les deux points est quelque peu obscur et brumeux. D'autres

⁷⁷⁷ RIVERO (Jean), « Vers la fin du droit de la fonction publique ? », in : Dalloz, 1947. chron. 152.

⁷⁷⁸ DURAND (Paul), « Naissance d'un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *loc. cit.*

⁷⁷⁹ *Ibid.*

moyens plus « traditionnels » auraient pu être mis en œuvre, sachant que les justifications se dispersent autour de l'influence européenne et les exigences de transposition des directives. Avec l'insertion du contrat pérenne en droit de la fonction publique, il semble qu'est davantage démontrée l'expression d'une volonté dépassant les seuls clivages entre droit du travail et droit de la fonction publique. Faciliter la gestion, assurer une sécurisation « allégée » efficace mais moins coûteuse et conséquente que la titularisation, sont autant de raisons semblant réellement justifier l'insertion du contrat pérenne, qui apparaît dès lors comme un « hybride » au service des besoins. On a adopté une forme « souple » du contrat à durée indéterminée, au sens de modulable, empruntant les vertus attractives du contrat et la rigueur statutaire dans le contenu, afin de faire du contrat pérenne une variable ajustant de façon proportionnée l'exigence de sécurisation des agents précaires et les exigences gestionnaires hostiles à un recrutement « pour toute la vie ».

B – L'émergence progressive d'un nouveau droit métissé

Puisque les différents emprunts entre droit du travail et droit de la fonction publique ont été identifiés, comme leurs effets, à savoir une harmonisation et une hybridation des deux droits, il convient de s'intéresser désormais à l'aboutissement de ces phénomènes : l'émergence progressive d'un droit intermédiaire. Le droit intermédiaire découlant possiblement de ces échanges revêt une forme inconnue appelant l'imagination : il pourrait apparaître comme une synthèse du droit du travail et du droit de la fonction publique, respectant la substantifique moelle de ces derniers (1). Les conséquences de l'émergence de ce droit demeurent également de l'ordre de la projection. La véritable problématique se pose justement sur l'existence de ce droit que l'on semble perpétuellement entrevoir au loin sans jamais véritablement le rencontrer. Il apparaît bien difficile de concilier les singularités du droit du travail et du droit de la fonction publique, néanmoins le contrat pérenne pourrait peut-être constituer une démonstration solide d'une unification, dénaturant toutefois les logiques des deux droits (2). Si les emprunts sont évidemment constatés, la conclusion répétée de l'émergence d'un droit métissé n'en demeure pas moins fragile et contestée.

1 – Vers un droit de l'activité professionnelle

168 – L'émergence d'un droit intermédiaire : le droit de l'activité professionnelle

Les dernières questions relatives à l'hybridation entre le droit du travail et le droit de la fonction publique portent sur l'aboutissement de ces rapprochements. Tout d'abord, comme

cela a été énoncé précédemment, plusieurs théories plaident en faveur de la création progressive d'un droit intermédiaire, mêlant des dispositions et des mécanismes issus du code du travail comme du droit de la fonction publique. Ce droit intermédiaire est qualifié par la doctrine de droit de l'activité professionnelle⁷⁸⁰. Cette théorie, bien que contemporaine, trouve des origines plus lointaines. On peut ainsi remonter en 1939 avec l'ouvrage du Doyen Ripert : « *Ébauche d'un droit civil professionnel* »⁷⁸¹. Le Doyen Ripert ne traitait pas véritablement d'un droit de l'activité professionnelle regroupant le droit du travail et le droit de la fonction publique, mais imaginait un code futur qui regrouperait des chapitres consacrés aux règles professionnelles : ainsi seraient regroupées dans ce code des dispositions relatives aux « *commerçants, industriels, artisans, agriculteurs, fonctionnaires, officiers ministériels, avocats, médecins, ouvriers* »⁷⁸². Le code civil professionnel rassemblerait alors salariés et fonctionnaires ainsi que toutes les autres professions indépendantes ou libérales, etc... Le Doyen formulait ainsi une première ébauche du droit de l'activité professionnelle, toutefois encore sous le joug du code civil. Le Professeur Paul Durand traitait également du droit de l'activité professionnelle en le nommant distinctement dans un article paru en 1952 : « *Naissance d'un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle* »⁷⁸³. Il évoquait les convergences et l'effet d'attractivité entre le droit du travail et le droit de la fonction publique et analysait cette « aimantation » par un droit commun aux deux disciplines : le droit de l'activité professionnelle. Face notamment aux difficultés traversant le droit du travail et la remise en cause de son unité, le Professeur préconisait d'employer une seconde méthode qui « *consisterait à rendre au droit du travail son unité en lui donnant pour base, non plus la notion traditionnelle du travail dépendant, mais celle de l'activité professionnelle* »⁷⁸⁴. La théorie de Paul Durand s'articulait ainsi essentiellement sur la nécessaire transformation du droit du travail vers le droit de l'activité professionnelle, sans néanmoins englober le droit de la fonction publique, en dépit des rapprochements nombreux entre les deux disciplines.

Toutefois, les rapprochements s'intensifiant jusqu'à remettre en question le bien-fondé actuel du droit de la fonction publique, conduisent aujourd'hui la doctrine à reprendre la théorie de l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle, qui l'associe davantage à un droit

⁷⁸⁰ MARC (Emmanuelle), STRUILLOU (Yves), « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle ? », *loc. cit.*

⁷⁸¹ RIPERT (Georges), *Ebauche d'un droit civil professionnel*, in : études Capitant, 1939, p 677-694

⁷⁸² *Ibid.*

⁷⁸³ DURAND (Paul), « Naissance d'un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », in : *Droit social*, juillet- Août 1952, n°7, p. 437

⁷⁸⁴ *Ibid.*

intermédiaire regroupant des dispositions du code du travail et du droit de la fonction publique. Ainsi Emmanuelle Marc et Yves Struillou traitent de ces questions dans un article commun, « *Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle » ?* »⁷⁸⁵, préalablement cité. Les deux auteurs s'interrogent sur l'émergence possible d'un droit à l'activité professionnelle, regroupant ainsi le droit du travail et le droit de la fonction publique. Bien évidemment, les rapprochements incessants entre les deux droits ne peuvent que conduire chacun qui s'y intéresse à cette sempiternelle question : jusqu'où les emprunts conduiront-ils ? À cette question Emmanuelle Marc et Yves Struillou concluent que les échanges incessants, le phénomène de subjectivisation traversant la fonction publique ou encore la publicisation des relations individuelles dans le droit commun du travail, conduisent nécessairement à un délitement des frontières entre droit du travail et droit de la fonction publique. Toutefois, certains éléments, comme la justification des règles spéciales appliquées aux agents publics, s'avèrent inaltérables : « *la recomposition des espaces juridiques dans les univers du travail procède d'une altérité indépassable, les règles spéciales appliquées aux agents publics ayant des justifications vouées à la pérennité* »⁷⁸⁶. Néanmoins, « *une certaine identité, produit de situations de travail communes et s'inscrivant dans la perspective d'un droit commun de l'activité professionnelle, est en revanche concevable* »⁷⁸⁷. Ainsi, si un droit de l'activité professionnelle est peut-être en construction, ce dernier ne pourra regrouper que certaines situations de travail communes, mais ne pourra, toutefois, mettre à mal la particularité du droit de la fonction publique dont les règles spéciales appliquées aux agents demeurent essentielles et nécessaires. Du particularisme du droit de la fonction publique, à travers notamment les règles spéciales appliquées, dépendent la notion de service public ou même la notion d'État.

L'hybridation entre droit du travail et droit de la fonction publique conduirait ainsi à l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle. Plus que le simple résultat d'un croisement, ce droit apparaît davantage comme un moyen de rassembler et organiser des dispositions devenues obscures, en droit du travail comme en droit de la fonction publique. Si le constat n'est pas nouveau, le phénomène de vase communicant entre les deux droits est encore plus observable aujourd'hui ; l'étanchéité des frontières ne cesse de susciter des questionnements et de complexifier l'intelligibilité des règles. Toutefois, envisager un droit

⁷⁸⁵ MARC (Emmanuelle), STRUILLLOU (Yves), « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle » ? », *loc. cit.*

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ *Ibid.*

unifié, regroupant les dispositions du code du travail et les spécificités du droit de la fonction publique semble une utopie, certaines spécificités étant essentielles et inaltérables. Finalement, bien qu'on tente de traiter « d'État-entreprise » ou « État-employeur », on revient continuellement à l'explication de Clémenceau : quoi que l'on fasse, quoi que l'on souhaite, on ne peut considérer l'État comme une entreprise comme les autres, et ses agents comme des salariés d'une entreprise privée. Ainsi, on se heurte nécessairement à cette évidence lorsqu'on envisage un droit de l'activité professionnelle harmonisant le droit du travail et le droit de la fonction publique. Malgré les emprunts ou rapprochements incessants et répétés, les deux droits demeurent singuliers. Le risque premier de la poursuite et de l'intensification renouvelée de l'hybridation réside dans une certaine dénaturation des deux droits, dont la logique altérée pourrait menacer les notions sur lesquelles elle repose.

2 - Vers une difficile unification des singularismes

169 – Un droit de la fonction publique dénaturé ?

Le droit « intermédiaire », « hybride » pouvant relier droit du travail et droit de la fonction publique a été identifié. De nombreuses incertitudes demeurent : le droit à l'activité professionnelle sonne-t-il le glas du particularisme de la fonction publique ? Peut-être qu'au contraire le droit de l'activité professionnelle permettrait de trouver des réponses, reliant droit du travail et droit de la fonction publique sur des questions communes, sans négliger l'exorbitance nécessaire et les particularismes essentiels.

Toutefois, force est de constater que l'hybridation et ses effets pèsent sur le droit de la fonction publique, qui se trouve en partie dénaturée dans sa logique. L'étude de l'hybridation démontre l'insertion d'un phénomène de subjectivisation emprunté au droit du travail. On retrouve dès lors diverses manifestations d'un droit de la fonction publique « subjectivisé » : tout simplement cela désigne l'instauration de règles de droit davantage focalisées sur l'agent en tant qu'individu. L'entretien professionnel et la formation tout au long de la vie sont des mécanismes empruntés au droit du travail applicables au salarié, qui démontrent une prise en compte de « l'individu-agent ». Si ces mécanismes, comme la formation tout au long de la vie, ne peuvent être mal accueillis car ils revêtent différentes vertus, comme la poursuite d'une recherche d'efficacité de l'agent ou l'actualisation des compétences de ce dernier, « l'esprit » du droit de la fonction publique se voit malmené par le phénomène de subjectivisation. La vue portée sur l'individu estompée celle consacrée au collectif. C'est bien une logique collective qui gouverne le droit de la fonction publique : de fait, « *l'extension des*

règles et mécanismes importés du droit applicable aux salariés a engendré une certaine modification du rapport entre l'individu et l'institution qui l'emploie »⁷⁸⁸. Les agents publics veillent à la bonne exécution du service public et à la bonne représentation de l'État ; ils ordonnent et ils contraignent, tout cela sous le joug de l'intérêt général et au service de l'État. Ce n'est pas tant la subjectivisation qui pose problème, mais l'effet de cette dernière qui pourrait s'accompagner en contrepartie d'un affaiblissement de la notion de collectif, essentielle à la fonction publique et à l'exercice de l'agent.

La fonction publique souffre de préjugés et d'une image ternie, apparaissant comme obsolète et n'étant qu'un ensemble d'institutions ne trouvant que des justifications passées servies par l'histoire. Dans les critiques adressées on oublie bien souvent le bien-fondé des notions sur lesquelles repose le mécanisme choisi. Le concours illustre ce phénomène : il souffre de nombreuses critiques, certains le jugent inadapté, réclamant un fonctionnement similaire au droit du travail afin de recruter en fonction de profils. Toutefois, en vertu des exigences évidentes tenant à la notion d'État et de ceux amenés à le servir et à le représenter, le concours permet d'échapper à bien des difficultés. L'État n'exprime ni faveur, ni préférence ; en outre, il ne peut aucunement discriminer. Le concours apparaît dès lors comme un mécanisme efficace afin de consacrer l'égalité, la protection face à l'arbitraire, en ne se focalisant que sur les compétences, ou tout simplement le mérite des candidats se présentant. Si des critiques fondées sont adressées à l'encontre du mécanisme de recrutement par concours, ce dernier semble toutefois conserver toute légitimité.

La reconnaissance et la « banalisation » du contrat à durée indéterminée dans la fonction publique participent à une certaine dénaturation du droit de la fonction publique. Tout simplement la reconnaissance du contrat pérenne met à mal, à nouveau, le principe de la fonction publique en vertu duquel les emplois permanents sont occupés par les fonctionnaires. Le principe est important, car il démontre une certaine conformité avec « l'esprit » du droit de la fonction publique. Les fonctionnaires, les agents titulaires, ne sont pas des « salariés », mais des serviteurs de l'État. Ils ont des droits, mais aussi des obligations en conformité avec les exigences tenant à leurs fonctions de serviteurs de l'État : neutralité, probité, etc... Bien que les contractuels employés soient également soumis aux mêmes règles que les fonctionnaires, le fonctionnariat repose sur cette idée de « serviteur de l'État », qui doit ainsi servir tout au long de sa vie et dont les conditions doivent être facilement adaptables : ce sont ainsi des

⁷⁸⁸ MARC (Emmanuelle), STRUILLOU (Yves), « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle ? », *loc. cit.*

règles statutaires modifiables en fonction des politiques, besoins, nécessités de l'État. La dénaturation du droit de la fonction publique réside ainsi dans l'idée de l'insertion de mécanismes ou de règles en contradiction avec « l'esprit » de cette dernière. Finalement, dénaturer la fonction publique, reviendrait à dénaturer l'État.

170 – L'impossible conciliation

Comme cela a été exposé précédemment, la figure étatique ou encore les notions d'intérêt général et de service public sur lesquelles repose le droit de la fonction publique, d'une part, démontrent la singularité de ce droit tout en le justifiant, et d'autre part, apparaissent comme des caractéristiques indépassables empêchant l'unification ou l'harmonisation totale du droit de la fonction publique et du droit du travail. Finalement, l'inconciliable semblerait prédominer lorsqu'on traite des deux branches du droit composant l'activité professionnelle. Malgré des « mises en commun » et des ajustements possibles entre les deux droits, ces derniers se heurtent toutefois à la singularité de l'autre risquant notamment, concernant le droit de la fonction publique, un affaiblissement de la figure étatique. En effet, le droit du travail repose en partie sur une individualisation et une protection du salarié, incompatible avec la nécessaire exorbitance du droit de la fonction publique. Envisager dès lors un droit de l'activité professionnelle regroupant les deux droits s'avère partiellement irréaliste et irréalisable. Certains évoquent de façon répétée que dans la fonction publique de demain les fonctionnaires viendront à disparaître : cela ne semble ni possible, ni souhaitable.

Les premiers effets de la reconnaissance du contrat pérenne portent ainsi sur deux phénomènes, qui peuvent être toutefois liés : d'une côté, une consécration du phénomène de contractualisation et, d'un autre côté, une nouvelle manifestation du phénomène d'hybridation entre droit du travail et droit de la fonction publique. La contractualisation de la fonction publique désigne l'insertion en son sein de mécanismes contractuels inattendus et parfois même contraires à la logique gouvernant le droit de la fonction publique. Si le phénomène de contractualisation balaye le droit en général, il révèle une volonté politique : celle de la contrainte volontaire et acceptée. On retrouve en droit de la fonction publique, derrière la simple insertion contractuelle nouvelle, toutes les images *a priori* positives du contrat comme sa fonction curative ou encore son caractère innovant au service de la modernisation de la fonction publique. Le contrat pérenne apparaît dès lors comme un symbole des caractéristiques contractuelles s'immisçant en droit de la fonction publique. Le contrat pérenne est une réponse à la précarisation ; il permet d'apporter l'alternative adéquate au

statut, contribuant à la modernisation de la fonction publique. Toutefois, lorsqu'on traite de façon approfondie la reconnaissance du contrat à durée indéterminée, on relève principalement des contradictions persistantes démontrant que le mécanisme contractuel a bien du mal à atteindre ses objectifs et tout simplement à s'insérer en droit de la fonction publique. La volonté projetée semble dès lors dépasser le cadre existant et démontre davantage une application progressive et déguisée d'une nouvelle idéologie : une logique gestionnaire influençant le droit de la fonction publique, comme le droit du travail. La consécration de l'hybridation entre droit du travail et droit de la fonction publique est également un des effets associés à la reconnaissance et à la généralisation du contrat à durée indéterminée. De nombreux emprunts réciproques démontrent une frontière floue et friable entre droit du travail et droit de la fonction publique, et ce constat n'est pas l'apanage de la modernité puisqu'il a occupé la doctrine depuis bien longtemps⁷⁸⁹. Le contrat pérenne serait une nouvelle démonstration de l'emprise travailliste sur le droit de la fonction publique qui emprunte, cette fois-ci, le contrat de droit commun du travail. Une fois encore, ce qui paraît n'est pas vérifié et le contrat pérenne semble bien éloigné de son voisin travailliste, principalement dans le contenu. Si les questions de l'hybridation entre droit du travail et droit de la fonction publique perdurent et s'alimentent, présageant avec toujours plus de force l'émergence progressive d'un droit intermédiaire, comme le droit de l'activité professionnelle, les rapprochements se heurtent toutefois à d'indépassables singularités qui permettent toujours de justifier le choix du particularisme du droit de la fonction publique. Finalement, le principal effet du contrat pérenne serait peut-être de contourner la logique statutaire.

Chapitre 2 : La pérennisation du contrat : une nouvelle manifestation d'un contournement du statut

Le contrat pérenne semble produire un effet à l'importance capitale : il permet de contourner une nouvelle fois le statut. La reconnaissance du contrat à durée indéterminée en droit de la fonction publique introduit une deuxième relation à durée indéterminée, autre que le statut, entre l'administration et l'agent contractuel. L'effet de contournement s'avère dissimulé, mais l'objectif de sécurisation masque une volonté sous-jacente de s'émanciper progressivement de la logique statutaire. Bien évidemment, cette analyse d'un contournement du statut s'effectue au regard de différents changements significatifs, à travers une modification idéologique et une construction législative déstructurant le modèle statutaire traditionnel (section 1). On

⁷⁸⁹ Comme cela a été démontré précédemment, la constatation d'emprunts réciproques entre droit de la fonction publique et droit du travail n'est pas nouvelle : elle fut abordée dès l'Ancien Régime et fut encore au cœur des préoccupations de la doctrine du XX^{ème} siècle à travers les travaux de Paul Durand par exemple.

assisterait peut-être à la disparition progressive de l'approche statutaire. Si une telle conclusion apparaît encore prématurée et injustifiée, force est de constater qu'une « nouvelle » fonction publique semble en construction (section 2). Une certaine dualité s'impose : un clivage s'installe entre fonctionnaires et agents contractuels, laissant place à toutes les hypothèses.

Section 1 : Un contournement du statut comme objectif détourné

Le contrat pérenne exprime une certaine défaveur à l'égard de l'approche statutaire. Si le contrat à durée indéterminée est une nouvelle manifestation d'un contournement du statut, cette analyse ne s'effectue qu'au regard de diverses modifications, qui prises dans un ensemble, sont significatives. Les atteintes progressives du statut s'identifient dans un changement idéologique, tout d'abord, et s'expriment ensuite à travers les récentes réformes introduites (1 §). Néanmoins, derrière ces atteintes, se retrouvent diverses critiques du statut (2§). Le recrutement, la fin de la relation, sont autant de points qui semblent concourir à l'identité de l'approche statutaire, mais également constituer ses faiblesses. Pour beaucoup, aujourd'hui, l'approche statutaire ne permet pas de répondre aux besoins et exigences de la fonction publique. Si les réponses contractuelles ne semblent pas toujours efficaces et opportunes, il convient néanmoins de bien en mesurer les causes et les raisons afin d'envisager les solutions adéquates.

1 § Un reniement progressif du statut

Le contournement du statut de la fonction publique s'inscrit dans un processus large et déployé. Il s'agit d'un désaveu progressif (A) démontré par un changement idéologique et une volonté exprimée de s'émanciper de la logique statutaire. Le reniement s'exprime également à travers les différentes réformes préalablement étudiées. Néanmoins, il convient de nuancer le désaveu relevé (B). Bien que ce dernier soit évident et se justifie par le constat de divers exemples probants, la logique statutaire semble toutefois survivre à ces atteintes et parallèlement on retrouve d'autres démonstrations de la force conservée de l'approche statutaire. Peut-être que les nombreuses atteintes au statut démontreraient, finalement, « *la stabilité* » et « *la longévité* » du statut de la fonction publique comme le soulignait Anicet le Pors, qui perdurant ne ferait que démontrer à nouveau toute sa légitimité.

A – Un désaveu statutaire progressif

Afin de comprendre le reniement statutaire confirmé par l'introduction du contrat pérenne, il convient de replacer ce dernier dans un contexte : le désaveu du statut se construit à travers différentes modifications. A l'origine, il s'agit d'un changement idéologique exprimant une volonté de contourner le statut au profit de mécanismes plus souples et flexibles, en adéquation avec les exigences actuelles traversant la fonction publique (1). L'expression de cette volonté se retrouve ensuite matérialisée et concrétisée par une construction législative axée sur les échanges entre le secteur privé et public, dont les effets les plus démonstratifs résident dans l'introduction de mécanismes privatistes, *a priori* étrangers au droit de la fonction publique (2). Replacé dans ce contexte, le contrat pérenne apparaît dès lors comme une nouvelle expression du désaveu statutaire et en constitue peut-être l'élément le plus abouti.

1 – Un reniement idéologique du statut de la fonction publique

171 - Des facteurs endogènes : un mouvement « anti-statutaire » latent

Les facteurs internes expliquant la défiance statutaire seront étudiés dans un premier temps, afin de démontrer en quoi le reniement de la logique statutaire est, au commencement, idéologique. On relève un certain système d'idées préconçues, quelque peu culpabilisantes, visant à dénigrer la fonction publique et son approche statutaire, formant un corps de doctrine politique expliquant les réformes et les changements législatifs opérés. Bien qu'on ne puisse traiter d'idéologie anti-statutaire, on relève cependant un mouvement visant à dénigrer l'approche statutaire. Le particularisme se trouve menacé ; la volonté justifiée autour de l'approche statutaire s'affaiblit. Si certaines critiques trouvent justification, d'autres relèvent davantage d'une certaine méconnaissance et de préjugés contribuant à véhiculer une image dégradée et tronquée de la fonction publique et son attachement à la logique statutaire.

On retrouve des éléments similaires dans les différentes contestations, découlant, notamment, des différents rapports traitant de la fonction publique : cette dernière apparaît comme « rigide », « stricte », et les agents publics seraient des privilégiés « corporatistes ». Il est souvent relevé un certain décalage de la fonction publique « à la française » avec ses voisins européens. Le choix français du particularisme ne trouverait ainsi plus sens et s'avèrerait même contradictoire avec les pratiques exercées par les autres pays européens. L'approche statutaire serait ainsi à l'origine de cette rigueur sclérosante et ne trouverait donc plus

justification dans le paysage européen présenté comme clairement hostile à une telle conception.

Si des éléments similaires peuvent se retrouver dans les contestations, un point fondamental s'avère également commun : diverses critiques apparaissent comme relevant davantage de l'ordre du préjugé, puisque des arguments contraires peuvent être formulés. Le préjugé est : « *un jugement sur quelqu'un, quelque chose, qui est formé à l'avance selon certains critères personnels et qui oriente en bien ou en mal les dispositions d'esprit à l'égard de cette personne, de cette chose* », ou « *une opinion adoptée sans examen, souvent imposée par le milieu* »⁷⁹⁰. L'opinion portée sur la fonction publique en général, ses fonctionnaires comme la logique statutaire empruntée, démontre une certaine méconnaissance et un manque d'examen approfondi qui donnent ainsi l'impression d'une vision faussée, gangrenée de préjugés. Concernant la première critique relative au caractère isolé et privilégié de la fonction publique, diverses opinions négatives circulent. Mais, si les fonctionnaires bénéficient de la sécurité de l'emploi, il convient de nuancer le simple constat d'une fonction publique privilégiée. D'une part, l'idée est fautive : la crise économique a aussi des conséquences sur les fonctionnaires, qui sont aussi nombreuses et lourdes que pour les salariés du secteur privé, car ni les réductions et coupes budgétaires, ni la rationalisation des dépenses, ne se heurtent à une étanchéité de la fonction publique. Le cas de la crise grecque pourrait également le démontrer : en cas de crise conséquente et grave comme c'est le cas en Grèce, les traitements des fonctionnaires ne sont pas épargnés. D'autre part, la sécurité de l'emploi ne s'explique pas par une volonté de sécuriser et protéger les fonctionnaires en leur octroyant des privilèges, mais tout simplement par les missions exercées par les agents et les principes sur lesquelles elles reposent : la continuité du service public, par exemple. Personne ne souhaiterait, même en temps de crise, que les professeurs des écoles soient contraints de cesser leur mission d'enseignement. Une fois encore, les principes à l'origine des missions, qui font l'essence même de la fonction publique, semblent méconnus.

Une autre critique pourrait revêtir l'artifice du préjugé : la fonction publique apparaîtrait en décalage avec les exigences tenant à une gestion des ressources humaines, efficace, « *personnalisée* » et « *valorisante* »⁷⁹¹. Outre les nombreux efforts récents tenant à une subjectivisation des procédés employés dans la fonction publique, l'approche statutaire qui véhicule une image sclérosante et rigide, peut s'avérer en réalité un outil très performant en

⁷⁹⁰ www.larousse.fr

⁷⁹¹ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, notamment p 95, p 215

termes de gestion des ressources humaines. Notamment, les règles sont harmonisées et la gestion se trouve simplifiée, alors qu'une individualisation, par la singularité et la multiplication des situations, entraîne nécessairement une complexification pour l'employeur public qui devra travailler avec différentes règles.

Enfin, l'idée d'une fonction publique en décalage avec les pratiques européennes, constituant une exception française qui ne trouve plus sens, peut également souffrir de contre-arguments solides. Tout d'abord, comme cela a été préalablement mentionné, s'il existe des spécificités bien « françaises », l'approche statutaire n'est pas l'apanage de la France : d'autres pays, comme l'Espagne par exemple, adoptent une approche similaire. Ensuite, le choix du particularisme français de la logique statutaire n'est pas contraire à la logique européenne. Bien que cette dernière repose sur un modèle davantage anglo-saxon et un système d'emploi, le droit de la fonction publique demeure conforme aux exigences européennes. Il ne s'agit pas, par un contre-argumentaire de dissoudre toutes critiques, qui peuvent susciter des interrogations, mais de démontrer que l'image véhiculée semble majoritairement faussée, par la circulation et l'alimentation de préjugés récurrents et surtout par une certaine méconnaissance des principes régissant le droit de la fonction publique permettant à l'approche statutaire de conserver sa légitimité. Il semblerait dès lors, que le premier « coup » porté au statut soit, dans un premier temps, de l'ordre de l'idée et de l'image tronquée que certains semblent se plaire à diffuser lorsqu'il est question de l'approche statutaire.

172 – Des facteurs exogènes : une défiance statutaire alimentée par le droit de l'Union européenne

Si le particularisme français ne constitue ni une exception, ni ne se trouve nécessairement en contradiction avec les exigences européennes, le contexte européen semble néanmoins participer à une certaine défiance de l'approche statutaire. Le décalage entre la fonction publique française et les volontés et exigences exprimées par le droit de l'Union est un argument récurrent en France. La contradiction et la nécessaire atténuation de cette dernière se retrouvent même à l'initiative de réformes, comme la loi du 26 juillet 2005 qui a reconnu le contrat pérenne. Toutefois, l'argument est également employé dans d'autres États membres. Par exemple, certaines modifications concernant la fonction publique en Espagne ont clairement comme fondement la conformité aux exigences européennes. Il en va de même concernant le processus de privatisation de la fonction publique Italienne, qui se justifiait par l'exigence de transposition des directives européennes.

Deux conclusions alternatives pourraient ainsi être apportées : dans une première proposition, le droit européen diffuserait de façon latente et progressive sa conception, c'est-à-dire un attachement à une logique d'emploi, plus probante et efficace dans la poursuite des principes et objectifs européens comme la libre circulation. La récurrence et la multiplication de l'invocation dans les pays membres d'un changement nécessaire et progressif de conception en témoigneraient. Une deuxième alternative mettrait en lumière, bien qu'on ne puisse renier le décalage de conception entre la majorité européenne exprimée en faveur du système d'emploi et le système de carrière découlant de l'approche statutaire, qu'il s'agirait à nouveau d'une tentative des États membres d'entreprendre des modifications sous le « bouclier » européen, le domaine du droit de la fonction publique demeurant sous le coup de la souveraineté des États. Les États membres adopteraient ainsi une communication similaire visant à justifier par le droit européen des modifications impopulaires, dont l'Union ne serait finalement pas le véritable commanditaire. Toutefois, si la question de l'initiative demeure irrésolue, le droit européen et son contexte apparaissent néanmoins comme des facteurs exogènes contribuant à une certaine défiance diffuse de la logique statutaire.

2 – Un reniement législatif du statut de la fonction publique

173 – La matérialisation de la défiance statutaire

Une certaine défiance statutaire émerge et se démontre dans un premier temps par une image faussée de la fonction publique véhiculée. On ne croit plus au modèle de la fonction publique française actuelle, pour des raisons gestionnaires, mais aussi par la difficile articulation du particularisme français avec les autres États membres de l'Union Européenne. La matérialisation de cette défiance s'exprime ainsi législativement et suivant une méthode particulière. Puisque les différentes réformes ont été étudiées de façon approfondie, on s'attardera davantage sur la méthode employée. La toile législative tissée progressivement démontre, par des exemples concrets, certaines caractéristiques alimentant la question d'un statut en défaveur. On relève ainsi divers exemples révélateurs d'une certaine déconstruction du modèle statutaire. Il ressort ainsi quasi-systématiquement des réformes une utilisation d'un mécanisme permettant concrètement un rapprochement entre le secteur privé et le secteur public : la mobilité. Si le mécanisme de la mobilité est essentiel afin de moderniser la fonction publique à travers la circulation des compétences et surtout l'intégration des expériences extérieures à la fonction publique, il ne faut surtout pas négliger le fait que la mobilité permet également d'importer avec les personnes, leur « culture d'entreprise » et une logique d'emploi privé. La mobilité ne peut être considérée comme une atteinte à la logique statutaire.

Toutefois, c'est davantage la volonté sur laquelle elle repose qui soulève des interrogations : la mobilité est développée dans la fonction publique afin de moderniser cette dernière, mais elle est surtout considérée comme un « portail » vers le secteur privé afin d'intégrer peu à peu la logique d'emploi. La doctrine s'est ainsi interrogée à diverses reprises⁷⁹². Différentes dispositions ont également alimenté les interrogations et ont démontré une certaine diffusion d'une logique d'emploi. On pourrait également citer pour exemple la procédure de reclassement introduite par la loi de 2009 qui affecte quelque peu la relation entre l'agent et l'emploi, ou encore l'extension du champ de la négociation collective effectuée par la loi de 2010.

174 – Une méthode particulière

Ce qui est intéressant dans ce qui peut se percevoir comme un reniement du statut par des réformes qui « *mises bout à bout font sens* »⁷⁹³, est la méthode employée. En effet, la défaveur statutaire ne s'exprime pas clairement, elle se sous-entend, et les changements opérés démontrent une certaine progression et intensification. On nomme cette méthode française : la méthode du « pas à pas » ou des « *petits pas* »⁷⁹⁴. Le changement de paradigme, la volonté de se tourner vers le secteur privé en intégrant ses méthodes et sa logique d'emploi, s'effectuent « pas à pas », à travers l'insertion de mécanismes qui lorsqu'on les observe semblent faire partie d'un tout plus large. La modernisation de la fonction publique est l'argument invoqué, toutefois la méthode détournée, le fait de distiller des atteintes statutaires au fil des réformes, interroge : la méthode du « pas à pas » vise-t-elle à déconstruire, épuiser la logique statutaire pour que dans l'avenir le droit de la fonction publique se soumette aux règles du droit commun du travail ? La méthode française employée s'écarte ainsi très clairement de l'italienne par exemple, qui a choisi, presque brutalement, de privatiser sa fonction publique afin de conserver des fonctionnaires et une approche statutaire seulement pour les fonctions dites « régaliennes de l'État ». La méthode du « pas à pas » pourrait apparaître dès lors comme une préparation des mentalités et des institutions, une phase intermédiaire, afin de permettre une privatisation « en douceur », devenue indubitable et intégrée dans les esprits. Ce qui est davantage certain réside dans la nouvelle démonstration de la « prise de pouvoir » de la logique gestionnaire émergeant en droit de la fonction publique, que les réformes semblent concrétiser.

⁷⁹² STRUILLLOU (Yves), « Le droit du travail, horizon indépassable du droit de la fonction publique ? », *loc. cit.*

⁷⁹³ MARC (Emmanuelle), « Le statut trente ans, vive le contractualisme... », *loc. cit.*

⁷⁹⁴ JEAN-PIERRE (Didier), « Une fonction publique sans fonctionnaires ? », *loc. cit.*

B – Un désaveu statutaire à nuancer

De nombreux doutes persistent et s'alimentent progressivement par les réformes se succédant ; néanmoins, l'énonciation brutale d'un statut fatalement condamné serait erronée. On assiste à un reniement progressif du statut, mais celui-ci conserve sa légitimité. Bien que l'on semble négliger l'approche statutaire, les pratiques démontrent *a contrario* une certaine efficacité de l'approche puisque les mécanismes statutaires persistent et s'étendent (1). De plus, le statut et le choix du particularisme reposent sur des principes fondamentaux de la fonction publique, qui perdurent et conservent sens et légitimité (2).

1 – Une résurgence continue des mécanismes statutaires

175 – La relativisation de l'atteinte statutaire

Si des atteintes conséquentes au statut peuvent être relevées, on ne peut toutefois parler d'une approche statutaire moribonde : en témoigne une certaine résurgence du mécanisme statutaire. La résurgence, « *fait de réapparître, de resurgir* »⁷⁹⁵ est employée afin de démontrer la persistance du mécanisme statutaire, puisque bien qu'on assiste à l'insertion de mécanismes *a priori* étrangers à la fonction publique, l'utilisation statutaire perdure et resurgit dans les pratiques associées à ces nouveaux modes. Autrement dit, bien que l'on semble s'écarter du statut, on en revient toujours à ce dernier. Différents exemples peuvent être relatés afin de témoigner de la persistance de l'approche statutaire malgré l'apparente hostilité envers cette dernière.

Dans un premier temps, il convient de limiter et recadrer les supposées atteintes. La première nuance pourrait découler de l'exemple de la publicisation diffuse en droit du travail, concernant le contentieux et les relations individuelles. Le juge judiciaire utilise par exemple les outils traditionnels du juge administratif comme le contrôle de proportionnalité dans l'exercice ardu de concilier l'intérêt de l'entreprise et les libertés individuelles notamment. Ou encore, la notion « d'intérêt de l'entreprise » reprendrait la théorie institutionnelle de l'entreprise, caractéristique du droit public. Le règlement intérieur, les justifications nécessaires au licenciement économique, les pouvoirs de l'employeur, sont autant de domaines où l'influence publiciste est palpable. Ainsi, une conclusion pourrait venir à l'esprit : si le droit de la fonction publique semble grandement inspiré et influencé par le droit du travail, il est lui aussi source d'emprunts. Envisager dès lors la fin éminente du droit de la fonction publique sous les coups de l'épée travailliste serait une conclusion bien prématurée,

⁷⁹⁵ www.larousse.fr

incertaine, voire erronée. Il en va de même lorsqu'on traite de l'approche statutaire et des atteintes que le statut se voit contraint d'endurer. En se focalisant sur les atteintes au statut, on oublie l'expression de la persistance et de la conservation de sa légitimité qui peuvent être attestés de multiples façons. Au-delà des inquiétudes parfois justifiées, force est de constater qu'il ne faut pas entrevoir continuellement une remise en cause statutaire lorsqu'on emprunte des mécanismes ou des principes issus du droit du travail, l'hybridation pouvant apporter de nombreux éléments positifs et souhaitables. Par exemple, lorsqu'on intègre en droit de la fonction publique des dispositions du droit du travail visant à protéger l'agent, sa santé ou son emploi, on ne peut manifestement constater de reculs. On ne peut dès lors y entrevoir « *une remise en cause de l'édifice statutaire, tout au plus la confirmation que le droit exorbitant ne peut ignorer les droits fondamentaux des travailleurs* »⁷⁹⁶. Finalement, on renforcerait l'approche statutaire, alors que certains évoqueraient un affaiblissement par l'emprunt au droit du travail.

176 - La résurgence statutaire : l'exemple de l'agent contractuel de droit public

Les atteintes et le reniement nuancé, on constate de plus un renforcement par l'adhésion renouvelée aux mécanismes statutaires. L'agent contractuel, dans l'exécution et la mise en œuvre de son contrat, apparaît dès lors comme un exemple des plus probants d'une résurgence statutaire. Une préférence contractuelle est très distinctement exprimée par le recrutement des agents contractuels ; toutefois, le mécanisme statutaire encadre et contient le caractère contractuel de la relation entre l'agent et l'administration. L'agent contractuel est soumis principalement à des règles statutaires, étendues du fonctionnariat vers le non titulariat. Les règles statutaires tantôt s'imposent, tantôt servent de « boussole » et de point de conformité puisqu'en absence de précision, on appliquera les dispositions propres aux fonctionnaires aux agents contractuels. Il s'agit donc bien d'une démonstration d'une influence statutaire forte et ainsi d'une résurgence du statut, presque là où on ne l'attendait pas. Bien que la notion d'agent contractuel de droit public implique nécessairement une orientation marquée vers la préférence publiciste, autrement dit le statut, le caractère contractuel de la situation paraît néanmoins plus atténué qu'il pourrait paraître.

L'influence statutaire semble de plus se prolonger et se développer puisque comme le démontre le décret du 3 novembre 2014 modifiant le décret du 17 janvier 1986 relatif aux

⁷⁹⁶ STRUILLLOU (Yves), « Le droit du travail, horizon indépassable du droit de la fonction publique ? », *loc. cit.*

dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État⁷⁹⁷ préalablement mentionné, des dispositions telles que la rémunération ou la période d'essai sont désormais prévues pour les agents contractuels de l'État. Or, ces précisions apportées auraient pu l'être contractuellement. Ainsi, le maintien d'une primeur statutaire semble exprimé, au détriment de l'espace contractuel qui se voit quant à lui toujours plus contenu.

2 - Une sauvegarde des principes statutaires

177 – Des efforts de modernisation en cours

La logique statutaire et les principes sur lesquels elle repose persévèrent bien heureusement. Ce qui paraît même inconciliable ne l'est pas : divers éléments démontrent la force de la logique statutaire, même dans l'apparente adversité. Les exigences tenant à une gestion des ressources humaines accrue sont conciliables avec l'approche statutaire. L'image d'une fonction publique rigide, sclérosée, s'estompe lorsqu'on se focalise sur la gestion des ressources humaines et la modernisation mise en œuvre afin de promouvoir cette politique gestionnaire. La fonction publique a développé des mécanismes propres et caractéristiques, tentant de concilier les exigences tenant à la flexibilité tout en préservant une sécurité, nommée la « *flexisécurité à la française* »⁷⁹⁸. L'effort de modernisation à travers ces outils propres et la conciliation poursuivie sont même des sources d'inspiration pour les groupes privés et les grandes entreprises, qui utilisent la « flexi-sécurité » afin de procéder à des réorganisations par exemple, en privilégiant une mobilité intra-groupe. On ne cesse de traiter d'une fonction publique immobile et en total décalage avec le dynamisme du secteur privé, mais une fois encore il convient de nuancer ces remarques par l'exemple présenté : la fonction publique peut également influencer et innover avec des mécanismes singuliers inspirant même le secteur privé. Concernant les principes consacrés par la fonction publique, des incohérences et approximations pourraient également fausser toute conclusion quant à la supposée atteinte dont ils pourraient faire l'objet. Il convient donc de reprendre certains principes, comme l'unité de la fonction publique, ou encore l'attachement à un système de carrière afin de juger d'une atteinte, un délaissement progressif ou une conservation inaltérable.

⁷⁹⁷ Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 5 novembre 2014, n°0256

⁷⁹⁸ PEREIRA (Brigitte), « Libéralisation du marché du travail : vers une flexisécurité à la française », in : *Revue management et avenir*, 2010, n°4, p 320

Les principes statutaires ne semblent pas menacés directement. L'unité de la fonction publique comme l'attachement à un système de carrière sont renouvelés mais des atteintes, notamment envers le second principe, semblent toutefois persistantes. Si la notion de métier n'est pas nécessairement en décalage avec une fonction publique de carrière, bien évidemment la notion est intrinsèquement liée à un système d'emploi. Il semblerait qu'une approche de métier plus accrue et développée soit annoncée comme nécessaire et essentielle ; néanmoins, la remise en cause statutaire opérée par le développement de l'approche semble quelque fois minimisée. La volonté de changement n'apparaît pas assumée, puisque l'on semble exprimer une nécessité de modifier l'approche statutaire, en rassurant toutefois sur la préservation du cadre.

L'unité de la fonction publique, principe et objectif poursuivi difficilement, semble demeurer une aspiration forte et renouvelée dans les différentes réformes. La mise en œuvre du mécanisme de mobilité permettrait même, comme cela ressort dans les différents rapports traités, de poursuivre l'objectif d'harmonisation de la fonction publique et ses trois versants, participant ainsi à renforcer le principe d'unité de la fonction publique. Les réformes récentes ne semblent donc pas négliger le principe d'unité de la fonction publique : la loi de 2010 relative au dialogue social⁷⁹⁹ démontre une volonté de poursuivre le processus d'harmonisation à travers la création d'organes « communs » par exemple. Plus récemment, la loi relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires de 2016⁸⁰⁰, semble suivre le même objectif : il est ainsi question d'harmoniser le régime des positions statutaires du fonctionnaire pour les trois fonctions publiques, ou encore d'unifier les règles tenant au remboursement en cas de mise à disposition. L'unité de la fonction publique apparaît ainsi comme un principe renforcé et poursuivi, loin d'être malmené.

Concernant l'attachement à un système de carrière, la faveur ne semble pas réellement ou directement menacée ; toutefois, la généralisation et la banalisation du recrutement contractuel posent certaines nuances pouvant être interprétées comme des atteintes. Le principe demeure l'attachement à un système de carrière, toutefois les nombreuses exceptions contractuelles amènent à se demander si, progressivement, on ne se tourne pas vers un

⁷⁹⁹ Loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 6 juillet 2010, n°0154

⁸⁰⁰ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* : 21 avril 2016, n°0094, texte n°2

système d'emploi. Il n'est pas véritablement question d'un changement de modèle, mais, outre la question contractuelle, certains aménagements peuvent être relevés. L'intitulé de la journée d'étude organisée par la DGAFP le 26 mars 2003, « *l'approche métier dans le respect d'une fonction publique de carrière* »⁸⁰¹ apparaît très significatif des changements devant s'opérer afin de moderniser la fonction publique, avec notamment la question de la distinction du grade et de l'emploi. Dès l'introduction de la journée d'étude, les intentions sont clairement énoncées : « *Il ne s'agit évidemment pas de remettre en cause les principes de notre fonction publique, qui repose sur la notion de carrière. Il s'agit de voir dans quelle mesure la notion de " métier " peut être prise en compte dans notre approche de la fonction publique* »⁸⁰². La question du sens accordé à une approche métier dans une fonction publique de carrière soulève toutefois divers questionnements portant sur la performance, la compétence ou encore l'efficacité. Les qualités précitées, essentielles à la bonne marche de la fonction publique, reposent sur une approche davantage axée sur la notion de métier. Toutefois, comme cela est mentionné durant les diverses tables rondes de la journée d'étude, l'approche statutaire peut relever divers avantages : « *A priori, le fait que les agents bénéficient de garanties statutaires n'empêche pas que le métier puisse être au centre de la gestion. Par certains côtés, le système statutaire a bien des avantages sur le système de l'emploi, dans la mesure où il apporte plus de souplesse et de liberté dans l'affectation des agents sur l'emploi* »⁸⁰³. Néanmoins, les « *pesanteurs* »⁸⁰⁴ du système statutaire et de la logique de corps amènent aujourd'hui à s'interroger sur une meilleure intégration d'une approche par « métier » et relève le débat. La fonction publique a déjà avancé dans ce sens, à travers l'introduction de mécanismes comme la gestion prévisionnelle des emplois par exemple, et les différentes notions connexes à une approche de métiers ne sont pas méconnues. Ainsi la notion de compétence est d'ores et déjà bien présente, mais véhicule toujours une image négative, faussement en décalage avec le système de carrière.

L'exemple apporté concernant le système de carrière et l'insertion d'une approche « métier » est éloquent. Des atteintes au système statutaire se révèlent nécessairement avec le développement de l'approche métier, néanmoins on tente de rassurer et de minimiser les changements. On présente dès lors des atteintes partielles présentées comme nécessaires et incontournables, non tournées vers la fin du statut mais davantage vers une « adaptation », un

⁸⁰¹ DGAFP, journée d'étude : « *l'approche métier dans le respect d'une fonction publique de carrière* », 26 mars 2003

⁸⁰² *Ibid.*

⁸⁰³ *Ibid.*

⁸⁰⁴ *Ibid.*

statut moderne conciliant les nouvelles exigences et les principes statutaires. Ainsi, le constat nuancé laisse place à de nombreuses interrogations. Si l'on souhaite conserver l'approche statutaire, la multiplication des aménagements opérés pourrait néanmoins dénaturer cette dernière. Il serait peut-être plus opportun d'entrevoir une consécration détournée et progressive du système d'emploi à travers l'intégration ferme d'une logique de « métier ». Du fait de ces hésitations et de la méthode progressive employée, la question du choix à long terme ne peut que ressortir avec force ; à savoir la conservation du système de carrière ou l'asphyxie progressive de ce dernier au profit du système d'emploi. La question de la cohérence s'impose également, puisqu'on ne peut associer deux logiques contraires sans en négliger le sens. Enfin, peut-être que l'approche se voulant conciliante ne serait qu'une nouvelle démonstration de la méthode française du « pas à pas », un changement progressif, consenti et approuvé, mais conduisant de manière détournée à une défaveur statutaire. Les principes demeurent et conservent toute légitimité, mais la méfiance s'impose.

2 § Une critique statutaire confrontée au contrat pérenne

La statut est malmené et s'avère l'objet de nombreuses atteintes s'intensifiant. Bien qu'il convienne de ne pas émettre de conclusions trop hâtives et pessimistes, le désaveu statutaire souffrant de nombreuses nuances, il est toutefois impératif d'analyser la critique statutaire afin d'identifier les origines des problématiques frappant le droit de la fonction publique (A). Les défauts découlant de l'approche statutaire résultent de l'utilisation contractuelle généralisée, dont la pérennisation semble l'aboutissement. La reconnaissance du contrat à durée indéterminée apparaît dès lors dans ses effets comme une nouvelle manifestation du désaveu statutaire (B). Néanmoins, lorsque l'origine des « défaillances » statutaires est apposée à la réponse contractuelle, on ne peut affirmer que la pérennisation du contrat dans la fonction publique est une solution adaptée.

A – Une approche statutaire en inadéquation avec les besoins actuels

Derrière le désaveu statutaire, il y a toutefois de nombreux arguments soulevés dont certains peuvent trouver justification. Dans l'analyse de l'attractivité contractuelle, il est possible de relever deux éléments constituant pour majeure partie les origines des problématiques : d'une part, le recrutement (1) ; d'autre part, la rupture des relations entre l'agent et l'administration (2). Lorsqu'il est question du contrat des agents contractuels de droit public notamment, on remarque que les atouts de l'approche contractuelle semblent se limiter au recrutement et à la fin de la relation contractuelle, puisque le contenu de la convention et l'exécution du contrat

sont pour grande partie régis par des dispositions statutaires et des clauses réglementaires. Peut-être ainsi devrait-on y entrevoir les vraies faiblesses du statut.

1 – La problématique du recrutement dans la fonction publique

179 - Le concours ou le recrutement au « mérite »

Le recrutement dans la fonction publique apparaît comme une des premières problématiques à relever lorsqu'on traite de l'approche statutaire. Le concours est le mode privilégié de recrutement, ainsi il convient de s'attarder à nouveau sur le mécanisme afin de comprendre les difficultés engendrées par la conservation d'un tel recrutement et d'en déduire sa légitimité.

Tout d'abord, une simple question doit être posée : qu'est-il attendu du recrutement d'un agent de la fonction publique ? Lorsque la question fut posée, toujours sous la maxime⁸⁰⁵ d'un État ne pouvant être considéré comme un employeur comme les autres, diverses exigences ont été exprimées : puisque l'État n'a pas de faveur, on désire que la nouvelle recrue soit désignée de façon impartiale, égalitaire. Cette première exigence est bien évidemment liée à une seconde : on souhaite une recrue exemplaire, efficace et méritante ayant de larges connaissances nécessaires au service pour l'État. Le concours est dès lors apparu comme le mode de recrutement permettant de répondre à toutes ces exigences. On ne s'intéresse pas au profil du candidat, ce qu'il est individuellement, on évalue davantage ses connaissances et aptitudes, permettant ainsi de déterminer si la nouvelle recrue est apte et mérite de servir l'État.

Les trois concours revêtent chacun des objectifs bien précis et concentrent quelques difficultés. Le concours externe consiste à intégrer de nouvelles recrues avec tous les « dangers » et avantages que cela peut procurer : il s'agit d'un véritable « pari », puisque les nouvelles recrues ne sont pas expérimentées, néanmoins, le concours externe revêt différents avantages comme le fait de pouvoir former et « modeler » un nouvel agent au profil généraliste. Le concours interne permet, quant à lui, de renforcer la promotion interne : il s'agit d'un rééquilibrage, permettant de récompenser l'expérience et les aptitudes des agents. Enfin, le troisième concours assure la poursuite d'un objectif bien plus complexe : c'est une porte ouverte vers l'extérieur, permettant notamment de reconnaître l'expérience issue du

⁸⁰⁵ www.larousse.fr, définition : « *Formule qui résume un principe de morale, une règle de conduite ou un jugement d'ordre général* »

secteur privé, en intégrant également une « culture » et des compétences parfois étrangères à la fonction publique. Le recrutement par concours promeut ainsi les principes et valeurs essentiels au service de l'État, comme l'impartialité par exemple. Son déploiement autour de trois voies concourt également à répondre aux différentes attentes. Néanmoins, si le recrutement par concours semble répondre aux exigences inhérentes au recrutement, ce dernier n'est pas exempt de critiques.

180 – Les faiblesses du recrutement statutaire

Une critique du recrutement statutaire ne cesse de croître et se trouve à l'origine de la faveur contractuelle en matière de recrutement. On reproche généralement au concours son aspect démesuré académique. Les critiques sont essentiellement concentrées sur ce point : l'incapacité du concours à permettre un recrutement conforme et approprié à un emploi déterminé. Il s'agit de la spécificité de la fonction publique exprimée à travers le recrutement par concours : la fonction publique française repose sur un système de carrière et distingue le grade de l'emploi. L'approche métier, la notion d'emploi, semblent écartés dans le modèle de fonction publique choisie, et cela se constate tout naturellement en matière de recrutement. Néanmoins, cette distinction apparaît quelque fois comme une négligence, puisque certains postes nécessitent un profil bien particulier.

L'autre point faisant défaut au concours repose sur un autre élément : l'absence de prise en compte du savoir être et de la personnalité de la recrue potentielle. En fonction du poste et des exigences découlant de ce dernier, des profils précis ou atypiques s'avèrent nécessaires et l'absence de l'étude d'un curriculum vitae par exemple fait défaut pour bien des employeurs publics. Certains argueront que le troisième concours permet justement la prise en compte de l'expérience dans le secteur privé, ou encore que le concours interne gratifie également l'expérience en permettant l'accès à un grade supérieur par une voie simplifiée, néanmoins d'autres reprocheront aux deux voies proposées de ne pas véritablement et concrètement consacrer le parcours du candidat.

Enfin le recrutement par concours recense, parmi toutes les critiques formulées, une difficulté majeure : il ne prend pas en compte les qualités « psychologiques »⁸⁰⁶, mais seulement les qualités scolaires du candidat. Dans le contexte du particularisme de la fonction publique, le défaut d'appréhension des qualités « psychologiques » du candidat peut avoir des conséquences importantes : lorsqu'on est fonctionnaire, la relation avec l'administration est à

⁸⁰⁶ Qualités psychologiques : au sens du savoir-être et de la personnalité de l'agent

durée indéterminée, « pour toute la vie ». Dès lors, ne pas évaluer le savoir être et la psychologie du candidat peut s'avérer constituer un challenge des plus dangereux, raison en partie de l'autre faiblesse attribuée à l'approche statutaire : l'absence de procédure de licenciement, ainsi que cela sera ultérieurement abordé.

181 – Une professionnalisation du concours en marche

La fonction publique n'est pas imperméable aux critiques formulées, et des efforts ont été engagés conduisant vers une certaine professionnalisation du concours. De nombreuses modifications ont été mises en place : le caractère académique a trouvé pour solution un certain allègement des concours. Bien que d'autres modifications soient nécessaires, celles déjà engagées n'apparaissent pas suffisantes et la « crise » du concours persiste. Toutefois, lorsqu'on s'intéresse de manière plus approfondie à la professionnalisation du concours, on constate que ce qui était dénoncé et que l'on voulait éviter se produit nécessairement avec une approche plus « professionnelle ». La logique justement démesurément « académique » ou « intellectuelle » sur laquelle repose le concours peut trouver toute sa légitimité.

Il convient de prendre l'exemple de l'impartialité⁸⁰⁷. Bien que tout le monde s'accorde sur un nécessaire besoin de réformes, les modifications mises en place visant à « *professionnaliser les concours de recrutement* »⁸⁰⁸, en modifiant « *la forme et le contenu des épreuves* »⁸⁰⁹ démontrent davantage un « *profonde rupture intellectuelle avec la conception française de la fonction publique* »⁸¹⁰. La professionnalisation du concours a notamment pour effet de « minimiser » la portée du principe fondamental d'impartialité. Dans un arrêt du 19 juillet 2010⁸¹¹, le Conseil d'État semble abandonner une certaine fermeté jurisprudentielle associée au principe d'impartialité, au profit d'une interprétation plus souple. Dans les faits, il est reproché, lors d'un concours interne de recrutement des conseillers techniques et pédagogiques supérieurs qui s'effectue en deux phases - une phase d'admissibilité où on

⁸⁰⁷ PEISER (Gustave), « Les concours professionnalisés face au principe d'impartialité », in : *AJDA*, 2010, p 1996

⁸⁰⁸ *Ibid.*

⁸⁰⁹ *Ibid.*

⁸¹⁰ *Ibid.*

⁸¹¹ CE, 19 juillet 2010, *Gehin et Thiebaut*, n° 326383, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2010, p 1509 ; *AJDA* : 2010, p 1996, note G. Peiser : d'une part « *la présence parmi les trente neuf membres du jury, de huit chefs de service de l'administration de la jeunesse et des sports auprès desquels étaient ou avaient été affectés certains des candidats et qui auraient été appelés, en cette qualité, à authentifier administrativement les dossiers de candidature et à signer leur lettre de transmission, n'est pas de nature, à elle seule, à porter atteinte au respect du principe d'impartialité qui doit régir l'organisation des concours* ». D'autre part, « *le dossier de reconnaissance des acquis de l'expérience professionnelle présenté par chaque candidat au titre de cette épreuve, a fait l'objet, après avoir été rendu anonyme conformément aux prescriptions de l'annexe de l'arrêté, d'un examen par deux membres du jury* », et « *en particulier le dossier d'admissibilité de la candidate dont il est allégué qu'elle aurait été la compagne d'un membre du jury n'a pas été examiné par celui-ci ; que si l'intéressée a été déclarée admissible, elle n'a pas été retenue par le jury parmi les candidats déclarés admis au terme des épreuves d'admission* ».

étudie la candidature et une phase d'admission - un manque d'impartialité du jury puisque bon nombre des chefs de service connaissaient les candidats et pouvaient les identifier dès la première phase. De plus, une candidate serait même la compagne d'un des membres du jury. S'il est de jurisprudence constante que le Conseil d'État sanctionne fermement le défaut d'impartialité, dans l'arrêt rendu le 19 juillet 2010, les juges estiment que le principe d'impartialité est respecté puisque le jury composé de deux membres pour l'étude des candidatures ne connaissait pas les candidats et que la candidate, qui n'était autre que la compagne d'un membre du jury, n'a pas été évaluée par ce dernier et n'a même pas été reçue aux épreuves d'admission. La doctrine a toutefois soulevé différentes incohérences ou interrogations : concernant l'appréciation faite par le Conseil d'État de la présence du compagnon d'une candidate dans le jury, il est précisé que cette dernière n'a pas été reçue à l'épreuve d'admission, doit-on ainsi imaginer *a contrario* que si cela avait été le cas, le principe d'impartialité eut été malmené ? De plus, une légère incohérence est soulevée, puisque le défaut d'impartialité relevé dès la première épreuve entache bien évidemment tout le concours interne, en écartant éventuellement des personnes méritantes. La doctrine soulève également des difficultés dans la composition du jury, découlant manifestement de la nouvelle organisation des concours mettant à mal le principe d'impartialité. Si la professionnalisation des concours est nécessaire, on en découvre ainsi ses failles et faiblesses, puisque l'absence d'épreuves « intellectuelles » démontre bien ce qui était craint : une évaluation sur profil des candidats entraîne nécessairement une remise en cause partielle du principe d'impartialité.

Avec l'exemple de l'impartialité, force est de constater que sont trop souvent négligés les principes sur lesquels repose le concours, tels que l'égalité ou l'impartialité, qui sont fondamentaux pour la fonction publique et garantis par ce mode de recrutement.

2 - La problématique du licenciement dans la fonction publique

182 – Recruté pour toute la vie

Une des différences majeures avec le recrutement contractuel, qui s'avère constituer une des faiblesses de l'approche statutaire et expliquer justement la faveur contractuelle, réside dans l'absence de licenciement : on ne peut mettre fin à la relation à durée indéterminée entre l'agent titulaire et l'administration, autrement dit lorsqu'on est recruté et que l'on est titulaire, c'est pour toute la vie. Dans un premier temps, il convient de nuancer ce propos, puisqu'il s'agit d'une absence de licenciement pour des raisons économiques, le licenciement des fonctionnaires pour des raisons disciplinaires ou une insuffisance professionnelle étant

toutefois prévu. Dans un second temps, il convient de se demander pourquoi le licenciement pour des raisons économiques n'est pas envisagé pour les fonctionnaires.

Tout d'abord, l'idée d'une sécurité de l'emploi est grandement développée et consacrée par le principe juridique de la séparation du grade et de l'emploi, plus largement par le statut⁸¹². Une des grandes différenciations avec le salarié de droit privé tient à cette distinction du grade et de l'emploi ainsi qu'avec le fait qu' « *en cas de suppression d'emploi, le fonctionnaire est affecté dans un nouvel emploi dans les conditions prévues par les dispositions statutaires régissant la fonction publique à laquelle il appartient* »⁸¹³. Puisque le fonctionnaire a vocation à occuper un emploi correspondant à son grade, il a *de facto* la certitude d'avoir un emploi. La nature du lien unissant le fonctionnaire et l'administration place l'agent dans une situation statutaire et réglementaire et confère ainsi un lien de double nature : par l'intermédiaire de l'emploi occupé pour remplir ses fonctions et par le grade de titularisation au sein d'un corps ou cadre d'emploi. Toutefois, comme le démontre l'alinéa 3 précité disposant qu'en cas de suppression d'emploi, le fonctionnaire doit être affecté dans un nouvel emploi, « *le lien d'appartenance à la structure de la fonction publique résultant de la titularisation dans le grade paraît plus fort que le lien d'appartenance à la structure de l'administration découlant de l'occupation d'un emploi* »⁸¹⁴.

Outre l'explication découlant de la situation de l'agent titulaire, l'absence de licenciement pour des raisons économiques se justifie également constitutionnellement. En effet, la continuité de la vie nationale est un impératif constitutionnel qui suppose ainsi que l'État, comme les autres personnes publiques, ne puissent « *faire faillite* »⁸¹⁵. L'absence de licenciement « généralisé », à l'image de la sphère privée, se justifie ainsi par la situation de l'agent titulaire et par les impératifs constitutionnels comme la continuité de la vie nationale. Toutefois, contrairement aux préjugés tenaces, une procédure de licenciement existe pour les fonctionnaires.

183 - Le licenciement des fonctionnaires

La procédure en matière de licenciement des fonctionnaires s'avère extrêmement encadrée et restrictive, contrairement à celle appliquée aux salariés du secteur privé. On ne parlera donc

⁸¹² Loi n°83-634 du 13 Juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors, *JORF* : 14 juillet 1983, p 2174, article 12 : « *le grade est distinct de l'emploi* » ; « *le grade est le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent* ».

⁸¹³ *Ibid.*, art.12

⁸¹⁴ MEKHANTAR (Joël), « La sécurité de l'emploi, garantie des fonctionnaires », in : *AJFP*, 1996, p 32

⁸¹⁵ WOLIKOW (Julien), « Fonctionnaires et salariés : divergences, convergences », In : *AJFP*, 2010, p 172.

pas véritablement du licenciement de l'agent titulaire mais de sa révocation. Des dispositions sont communes aux trois fonctions publiques, tandis que d'autres sont spécifiques pour chacun des versants. Par exemple, une procédure de licenciement ayant pour motif une insuffisance professionnelle est commune aux trois fonctions publiques. Le licenciement est prononcé après avis du conseil de discipline, ou de la commission administrative paritaire pour la fonction publique hospitalière, et donne droit à des indemnités de licenciement, sauf en cas de faute lourde. Dans la fonction publique d'État, on retrouve trois autres motifs : trois refus d'offre d'emploi pendant un placement en situation de réorientation professionnelle ; trois refus successifs de postes proposés à l'agent en disponibilité en vue de sa réintégration, correspondant au grade ; refus, sans motif valable lié à l'état de santé, du ou des postes proposés à l'issue d'un congé de maladie ordinaire, de longue maladie ou de longue durée. Pour les trois motifs, le licenciement est prononcé après avis de la commission administrative paritaire, et ne donne pas droit à des indemnités de licenciement.

Concernant la fonction publique territoriale, il est possible de licencier un agent titulaire pour des motifs similaires à ceux employés dans la fonction publique d'État, mais aussi à l'issue d'un détachement d'un emploi fonctionnel, si la collectivité d'origine ne dispose pas d'emploi vacant correspondant à son grade et si le fonctionnaire le demande. Dès lors, le fonctionnaire formulera sa demande dans le mois qui suit le dernier jour du mois au cours duquel lui a été notifiée la décision de l'autorité territoriale mettant fin à ses fonctions.

Enfin, la fonction publique hospitalière envisage la possibilité de licencier un fonctionnaire en cas de suppression de l'emploi de l'agent après trois refus d'offre d'emploi ou, en absence d'offre d'emploi, six mois après la suppression de son emploi sans demande de mise en disponibilité. Ainsi deux grands points se distinguent : d'une part, le licenciement pour des raisons économiques n'existe pas dans la fonction publique, d'autre part le licenciement, appelé révocation, s'avère extrêmement encadré.

184 – Un encadrement du licenciement des agents titulaires raison de difficultés

Bien que les raisons justifiant une différenciation en matière de licenciement entre le fonctionnaire et le salarié soient présentées et paraissent claires, les critiques dirigées vers ces limitations au licenciement démontrent certaines difficultés. Un certain changement de conception fausse quelque peu le débat. En effet, l'absence de possibilité de licencier de façon généralisée est perçue comme un véritable handicap, puisqu'aujourd'hui le licenciement apparaît comme une véritable opportunité pour l'employeur, sans plus constituer « un dernier

recours » ou « un aveu de faiblesse » en termes de recrutement. L'impossibilité de licencier de façon large et déployée dans la fonction publique n'apparaît donc plus comme justifiée mais comme une incohérence.

A priori, bien que chaque personne évolue et que de nouvelles difficultés puissent apparaître avec le temps, un bon recrutement limite nécessairement les licenciements. Ensuite, les faiblesses associées au licenciement dans la fonction publique semblent avoir des répercussions : la gestion des ressources humaines et l'efficacité de l'agent. Par exemple, pour beaucoup, la « menace » du licenciement constituerait un moteur, une crainte poussant le salarié à redoubler d'efforts, surtout en temps de crise. Les agents de la fonction publique bénéficiant d'une certaine sécurité de l'emploi et ne craignant pas véritablement la révocation, seraient ainsi pour certains bien moins motivés, et ne rempliraient donc pas toutes les exigences en termes d'efficacité ou de dépassement de soi. Encore une fois, il convient de nuancer fortement ce propos faisant également figure de préjugés coriaces. Différents facteurs pourraient expliquer la prétendue « démotivation » de certains agents par la méfiance de ces derniers, continuellement visés et dénigrés. De plus, les nouvelles techniques managériales employées de façon générale dans la fonction publique poussent également les agents à plus de rentabilité et d'efficacité : il serait dès lors inexact de conserver une image du fonctionnaire « rangé » et à « l'abri ».

Si le souhait de généraliser le licenciement dans la fonction publique peut s'identifier, à nouveau, comme une volonté d'intégrer les règles relatives au salarié qui apparaissent comme l'exemple à suivre, le licenciement, et plus généralement la fin de la relation contractuelle, sont également décriés dans le secteur privé. Les employeurs des entreprises privées semblent se plaindre d'une procédure jugée trop « lourde » et « conséquente »⁸¹⁶ ; il en va de même des salariés victimes de rupture conventionnelle aux effets désastreux⁸¹⁷. Une fois encore, la vision idéalisée de la sphère privée ne semble pas correspondre à la réalité.

B – Une approche statutaire délaissée au profit d'une logique contractuelle

Il convient désormais de relier les dysfonctionnements statutaires à l'utilisation contractuelle. Autrement dit, deux difficultés ont été relevées : en termes de recrutement et de licenciement.

⁸¹⁶ GATTAZ (Pierre), 30 octobre 2014 : « Reste que pour lever le frein juridique, il faut sortir de la convention 158 de l'Organisation internationale du travail qui nous oblige à justifier les motifs du licenciement. Tant qu'on aura cette contrainte supranationale, peu importe le contrat, le fond du problème ne sera pas traité ».

⁸¹⁷ La CGT, communiqué de presse, 1^{er} avril 2011, « Ruptures conventionnelles : l'édifice se fissure » : « Depuis, nos craintes se sont révélées exactes. Le nombre de rupture conventionnelle a explosé (plus de 500 000 ruptures depuis d'août 2008) et dans la grande majorité des cas, ces salariés qui ont « choisi » de rompre leur CDI en période de crise se sont inscrits au chômage ».

Le contrat permettrait donc de « combler » les défaillances précitées. Il convient dès lors de se pencher sur le recrutement des agents contractuels et le licenciement de ces derniers (1). Or en apposant les dysfonctionnements statutaires constatés à la réponse contractuelle apportée, on constate que les difficultés statutaires ne sont pas réglées, mais contournées. Au lieu de traiter des problématiques à la source, on installe une alternative. Si le contrat permet d'échapper au statut, les difficultés demeurent et s'accumulent : le licenciement simplifié des agents contractuels peut l'attester (2).

1 - Le palliatif aux dysfonctionnements statutaires par le recrutement contractuel

185 – Le recrutement de l'agent contractuel

Lorsque les difficultés de l'approche statutaire ont été étudiées, le recrutement et la fin de la relation entre l'agent et l'administration ont été identifiés comme les deux principales « failles » expliquant la faveur contractuelle. Il convient dès lors d'étudier dans un premier temps le recrutement de l'agent contractuel (son embauche, sa sélection etc.) afin de comprendre en quoi la voie contractuelle fait écho aux reproches statutaires. L'exemple du recrutement d'un agent contractuel dans la fonction publique territoriale sera ainsi utilisé.

Les conditions générales, c'est-à-dire celles que l'agent doit respecter, s'avèrent similaires à celles imposées aux fonctionnaires⁸¹⁸. D'autres conditions peuvent s'ajouter comme un âge minimum ou maximum. L'agent doit également répondre à des conditions particulières comme la possession d'un diplôme par exemple. Dans certains cas, il sera demandé au postulant de disposer d'un diplôme en lien avec la nature des fonctions ou des besoins du service, malgré le principe suivant : « *aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe général du droit ne subordonne l'engagement d'un agent contractuel par une collectivité territoriale, à la détention par celui-ci des titres ou des diplômes nécessaires pour être admis à participer au concours externe donnant accès aux emplois de titulaire relevant de la même catégorie* »⁸¹⁹. A défaut de diplôme, le postulant devra justifier d'une expérience professionnelle et de formations ou qualifications acquises dans le cadre de cette expérience en rapport avec l'emploi postulé.

⁸¹⁸ Décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale, *JORF* : 16 février 1988, p 2176

⁸¹⁹ CAA, Nantes, 2 septembre 2002, *M. X ctre Syndicat Départemental d'Énergie et d'Équipement de la Vendée*, n° 00NT01605, *Recueil Lebon*

Toutefois afin de postuler, il ne suffira pas au candidat de remplir ces conditions, la collectivité devra elle-même s'acquitter de certaines exigences et d'une procédure bien encadrée. Tout d'abord, la collectivité doit respecter une procédure préalable au recrutement, sous peine d'illégalité du recrutement de l'agent non titulaire. La collectivité devra, dans un premier temps, inscrire au budget les crédits nécessaires au paiement de la rémunération. Lorsqu'un emploi n'existe pas déjà, la collectivité devra créer l'emploi en s'acquittant des mentions suivantes : le motif, la nature des fonctions, le niveau du recrutement et le niveau de rémunération. La collectivité sera également amenée à effectuer une déclaration de vacance d'emploi qui doit nécessairement précéder le recrutement de l'agent non titulaire. Enfin, une autre exigence doit être remplie par la collectivité : la transmission de l'acte d'engagement au préfet pour contrôle de légalité.

Une fois la procédure respectée par la collectivité, se pose ensuite la question de la communication afin d'informer les hypothétiques postulants. Parmi les préalables au recrutement, la collectivité devra anticiper le processus en identifiant les besoins à l'aide d'une fiche de poste rigoureuse. La phase d'expression du besoin se manifesterà avec la recherche des candidats. La collectivité utilisera ainsi les annonces dans la presse locale et spécialisée, internet, intranet, ou encore des associations et partenaires comme Pôle emploi ou l'APEC. La communication est un point primordial puisqu'elle « *représente un des fondements d'un processus de recrutement réussi* »⁸²⁰. Une fois les conditions préalables remplies et la communication diffuse, la collectivité pourra procéder au recrutement, avec bien souvent des entretiens visant à évaluer et sélectionner les candidats.

Le plus souvent la base de l'entretien d'embauche reposera sur la fiche de poste préétablie qui reprendra le métier, les activités ou les missions, les compétences demandées pour le poste et les contraintes attenantes. Un certain changement dans la politique de gestion des ressources humaines des collectivités se distingue, puisqu'elle se tourne progressivement vers un vrai recrutement et ne repose plus sur une simple sélection. Une fois encore la sémantique est très importante, de manière générale et non juridique, le recrutement se définit comme suit : « *engager des gens pour tenir certains emplois* »⁸²¹, alors que la sélection est « *l'action de choisir les personnes ou les choses qui conviennent le mieux* »⁸²². Autrement dit, il ne s'agit plus seulement de choisir des personnes semblant répondre aux exigences, mais de recruter des agents ayant un profil, des compétences et une expérience significative correspondant à

⁸²⁰ MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-56

⁸²¹ www.larousse.fr

⁸²² *Ibid.*

un emploi bien précis et déterminé. On assiste ainsi à une certaine professionnalisation du recrutement qui emprunte des pratiques et un mode de gestion similaire au secteur privé. L'entretien reposera sur une fiche de poste et sur les documents envoyés par le candidat, principalement son curriculum vitae. Bien souvent, le recruteur dans la fonction publique ne sera pas seul : un jury interrogera le candidat. Les questions s'axeront autour des capacités d'adaptation du candidat : « *comment doit-on s'y prendre pour vous diriger ?* », des capacités relationnelles : « *De quoi avez-vous besoin pour bien travailler en équipe ?* », ou encore les performances : « *Décrivez une situation où vous avez fait preuve d'innovation* »⁸²³. L'entretien est ainsi essentiellement tourné vers le candidat, ses qualités, ses compétences, son savoir-être et son savoir-faire. On entre ainsi dans une totale subjectivisation du recrutement, bien éloigné des modes traditionnels tels que le concours qui ne prend en compte que les capacités intellectuelles, et très peu la personnalité de la potentielle recrue.

Enfin, le recrutement de l'agent contractuel se conclura par un acte d'engagement, qui prendra la forme d'un contrat ou d'un arrêté. Ce dernier devra être obligatoirement écrit et comportera des mentions obligatoires. Le recrutement et les procédures nécessaires à sa mise en œuvre dans les collectivités territoriales ont ainsi été traités afin de souligner les pratiques. Apposé au recrutement statutaire et à ses dysfonctionnements décriés, le recrutement des agents contractuels peut amener à faire diverses remarques. Tout d'abord, la procédure notamment avec les conditions dont doit s'acquitter la collectivité apparaît également comme « lourde », et n'est pas allégée. On aurait tendance à imaginer que le recrutement contractuel se distinguerait par sa souplesse et sa simplicité, or la collectivité doit s'acquitter de nombreuses exigences sous peine de voir le recrutement entaché d'illégalité. Ensuite, on note également une réponse plutôt convaincante aux critiques formulées contre le recrutement statutaire avec la subjectivisation du recrutement que permet la voie contractuelle. On reproche bien souvent au concours de ne pas évaluer la personnalité du candidat, son savoir être, et de ne pas prendre en compte de façon effective l'expérience de la potentielle recrue. Or, le recrutement des agents contractuels, assez similaire aux pratiques découlant du secteur privé, semble axé essentiellement sur le candidat dont le curriculum vitae est une base étudiée, associée à une fiche de poste démontrant l'importance de « l'approche métier ». La voie contractuelle semble dès lors combler certaines lacunes statutaires en matière de recrutement, privilégiant la subjectivisation et l'individualisation.

⁸²³ www.info.emploipublic.fr

186 – Le licenciement de l'agent contractuel

Le licenciement de l'agent contractuel est-il plus souple que les procédures mises en place concernant le fonctionnaire ? Pour répondre à la question posée, il est intéressant de prendre l'exemple de la fonction publique d'État, dont les motifs de licenciement de l'agent contractuel sont listés de manière limitative⁸²⁴. L'agent contractuel peut être licencié pour insuffisance professionnelle, pour des motifs disciplinaires ou encore pour inaptitude physique. Outre ces motifs plutôt « traditionnels », on retrouve d'autres motifs de licenciement comme « *la suppression du besoin ou de l'emploi qui a justifié le recrutement de l'agent* », ou « *la transformation du besoin ou de l'emploi* »⁸²⁵. Toutefois, le licenciement « *ne peut être prononcé que lorsque le reclassement de l'agent [...] n'est pas possible* »⁸²⁶. De plus, les motifs prohibés et les licenciements interdits sont également énumérés : « *aucun licenciement ne peut être prononcé lorsque l'agent se trouve en état de grossesse médicalement constaté, en congé de maternité, de paternité ou d'adoption ou pendant une période de quatre semaines suivant l'expiration de l'un de ces congés* »⁸²⁷.

La procédure en matière de licenciement d'un agent contractuel semble assez similaire à celle imposée en droit du travail. Ainsi, le licenciement doit être précédé d'un entretien préalable. La convocation s'effectue par lettre recommandée ou remise en main propre contre décharge, et doit indiquer l'objet de la convocation. L'agent contractuel pourra être accompagné par la ou les personnes de son choix. La date de l'entretien sera fixée par l'administration qui devra indiquer durant ce dernier le motif du licenciement et le délai pendant lequel le contractuel doit présenter sa demande de reclassement. L'agent contractuel aura droit à la communication de son dossier individuel en cas de licenciement disciplinaire ou pour insuffisance professionnelle. De plus, lorsque l'administration envisage de licencier un agent contractuel, cette dernière doit saisir la commission consultative paritaire. On retrouve une procédure similaire à celle employée dans le secteur privé, concernant des « contractuels protégés » : ainsi en cas de licenciement d'un agent siégeant au sein d'un organisme consultatif ou bénéficiant d'une décharge d'activité de service, la commission consultative paritaire devra

⁸²⁴ Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 19 janvier 1986, p 953

⁸²⁵ *Ibid.*, art. 45-3

⁸²⁶ *Ibid.*, art. 17 ; 45-5

⁸²⁷ *Ibid.*, art. 49

intervenir avant l'entretien préalable. Enfin, la procédure se termine par la notification du licenciement par une lettre recommandée avec accusé de réception ou remise en main propre contre décharge précisant les motifs du licenciement, la date, et la possibilité de présenter une demande écrite de reclassement.

Le licenciement des agents contractuels apporte également, tout comme le recrutement, diverses précisions. Bien que demeurant pour certains trop lourde à l'image du licenciement des salariés, la procédure s'avère simplifiée mais surtout les motifs de licenciement sont plus nombreux. En revanche, le licenciement des agents titulaires - la révocation - ne s'effectue qu'autour de motifs « traditionnels » rendant la poursuite de la relation inévitablement compromise comme l'insuffisance professionnelle, les refus d'offre d'emploi ou les refus répétés de l'agent (trois) concernant des postes en vue de sa réintégration. Les motifs sont plus nombreux concernant le licenciement d'agents contractuels : on retrouve des motifs communs comme l'insuffisance professionnelle mais également la restructuration du service, la modification du contrat ou encore l'impossibilité de réemploi.

La limitation des motifs de révocation du fonctionnaire constitue très certainement la raison d'une pratique très peu utilisée. Prenons pour exemple un audit des procédures disciplinaires mises en œuvre par la mairie de Paris⁸²⁸. Les sanctions les moins graves sont infligées par les directions alors que les plus graves, comme la révocation, s'effectuent après consultation du Conseil de discipline. Le rapport indique que « *le conseil de discipline a examiné 805 dossiers entre le 1^{er} janvier 1998 et le 21 août 2011, ce qui correspond à une soixantaine d'affaires par an – chiffre qui peut varier d'une année sur l'autre, mais s'avère globalement stable sur cette période* »⁸²⁹. De plus, « *sur la période 2007-2010, une douzaine de révocations ont été prononcées chaque année* ». Reporté aux effectifs de la mairie de Paris qui comprenaient 48 990 emplois permanents en 2010, « *ces chiffres peuvent paraître faibles* »⁸³⁰. Le rapport apporte quelques explications : pour l'Inspection générale, « *on peut plutôt penser que le management recourt alors à d'autres instruments, en agissant sur la part variable des rémunérations, les promotions au choix, en incitant au départ (vers d'autres services) les agents qui ne donnent pas satisfaction...* »⁸³¹. On peut constater que la limitation des motifs a un impact très important sur la pratique du licenciement. Le déploiement des motifs, comme la procédure mise en œuvre inspirée du droit du travail, concourent ainsi à simplifier le

⁸²⁸ Mairie de Paris, Inspection Générale, rapport sur l'audit des procédures disciplinaires, juin 2012, n°11-24

⁸²⁹ Mairie de Paris, Inspection Générale, rapport sur l'audit des procédures disciplinaires, juin 2012, n°11-24, p 1

⁸³⁰ *Ibid.*, p 1

⁸³¹ *Ibid.*, p 1

licenciement des agents non titulaires, ce qui constitue dès lors un avantage certain expliquant le recours au recrutement contractuel.

En guise de conclusion suite à l'étude des difficultés statutaires et des réponses contractuelles avancées, on constate que le recrutement contractuel est un palliatif efficace, bien que les réponses apportées ne traitent pas frontalement les difficultés statutaires, pour mieux les contourner. L'approche statutaire conserve ses difficultés : le recrutement demeure « académique », ce que combat la « professionnalisation », qui malmène néanmoins certains principes essentiels, comme le principe d'impartialité. Les conclusions sont similaires lorsqu'on s'intéresse au licenciement : une palette de motifs plus larges et une procédure différenciée facilitent le licenciement des agents contractuels, contrairement à la révocation des fonctionnaires. Néanmoins, les problèmes demeurent et les sanctions disciplinaires s'avèrent peu pratiquées, les directions se heurtant à une procédure conséquente et un encadrement des plus restrictifs. L'utilisation contractuelle apparaît comme une alternative évitant de se confronter au débat, pourtant au cœur du paradoxe dont il faut mettre fin. Le contournement ramène continuellement aux origines des problématiques ; il ne peut constituer qu'une solution temporaire, sur du court terme. Toutefois la consécration du contrat pérenne démontre que l'alternative est confortée et que l'on se contente du palliatif. Autrement dit, on pérennise le temporaire, et on démontre un certain contentement à poursuivre une politique de contournement artificielle.

Section 2 : Une démonstration de la création progressive d'une nouvelle fonction publique

Derrière les problématiques portant sur le contrat pérenne, le recours au contrat et le désaveu statutaire, se pose bien évidemment la question du modèle de fonction publique en construction et du choix de la fonction publique de demain. Le recours généralisé au recrutement contractuel et l'aboutissement de la faveur conventionnelle symbolisée par le contrat pérenne conduisent nécessairement à l'installation d'une fonction publique parallèle (1§). La situation en « entre deux » conduit à une fonction publique précarisée (2§), mais soulève également de nombreuses questions, concernant le modèle finalement consacré ainsi que le fonctionnaire de demain. On tentera de présenter les différentes préfigurations⁸³².

⁸³² www.larousse.fr : « qui annoncent un évènement futur sous une forme imparfaite ».

1 § Une sous fonction publique en développement

L'assise progressive du recrutement contractuel concourt à l'émergence d'une sous fonction publique en parallèle du modèle « traditionnel » gouverné par l'approche statutaire. Une dualité s'impose, puisque les situations s'opposent entre fonctionnaires et contractuels (A). La dualité est ainsi à l'origine de nouvelles problématiques traversant la fonction publique, toujours dans ce dilemme épineux de conserver l'existant pour les uns, et d'utiliser la nouveauté et la souplesse pour les autres (B). De nouveaux impératifs apparaissent et une certaine complexification émerge. En matière de gestion par exemple, il s'avère bien compliqué d'œuvrer efficacement avec des situations aussi singulières et différenciées, tout en gérant les besoins et les incompréhensions de tous.

A – Une fonction publique duale

La dualité de la fonction publique, le « caractère de ce qui est double en soi ou composé de deux éléments de nature différente »⁸³³ découle nécessairement de l'émergence progressive, aux côtés du fonctionariat, d'une deuxième approche : la logique contractuelle. L'avènement d'une fonction publique duale proviendrait dès lors de l'opposition entre agents titulaires et agents contractuels (1). Toutefois, malgré l'objectif de sécurisation visant à rétablir une certaine égalité entre titulaires et non titulaires, le contrat pérenne apparaît comme un élément d'accentuation de la dualité observée (2), puisqu'il renforce et pérennise dans le temps l'exception à la règle du fonctionariat. On retrouve encore la contradiction originelle : on sécurise en renforçant, en contrepartie, une dualité elle-même source de précarité. Le cercle vicieux continue ainsi son cycle, en s'alimentant toujours plus de nouveautés dynamisantes.

1- Une dualité progressive divisant la fonction publique

187 – La dualité de la fonction publique

L'adjectif « dual » est employé afin de qualifier l'opposition entre fonctionnaires et agents contractuels, ou afin de traiter des possibilités envisageables dans l'avenir, comme la création d'une fonction publique axée autour de deux pôles : des emplois exclusivement réservés aux fonctionnaires et d'autres réservés aux agents contractuels. Il convient de qualifier la dualité de la fonction publique et de déterminer ainsi en quoi il est possible d'affirmer ou, au contraire, d'infirmer que la fonction publique actuelle est duale.

⁸³³ www.larousse.fr

La dualité est le « *caractère de ce qui est double en soi ou composé de deux éléments de nature différente* »⁸³⁴. En reprenant la définition, on pourrait considérer que les deux éléments de nature différente désignent, d'une part, le principe, c'est-à-dire le fonctionnariat et l'occupation des emplois permanents par les agents titulaires et, d'autre part, l'exception, autrement dit le recrutement contractuel. La dualité proviendrait d'un changement de rapport entre le principe et l'exception. Les rapports se modifient en s'inversant ou s'égalisant lorsque l'exception menace la règle. La dualité suppose deux traitements différenciés mais plus ou moins égaux puisque deux versants singuliers se constituent. Certains éléments pourraient étayer la thèse d'une dualité comme par exemple le nombre d'agents contractuels. Très simplement, le taux de recours à l'exception pourrait démontrer l'importance de cette dernière et sa proportion. Selon les statistiques de la DGAFP sur l'emploi public en 2013, « *fin 2013 la fonction publique est composée de 70.5 % de fonctionnaires* » contre « *17.2 % de contractuels* »⁸³⁵. La fonction publique d'État comprend 15.5 % de contractuels, la fonction publique territoriale 19.3 % et la fonction publique hospitalière 17.2 %. Toutefois, les effectifs d'agents contractuels semblent se stabiliser puisque malgré une augmentation de 1.9 % sur un an, cela s'effectue « *légèrement moins vite que la tendance observée en moyenne depuis 2002* »⁸³⁶. Il est bien connu qu'il est possible d'interpréter les chiffres de différentes manières, en fonction de la volonté démontrée. Ainsi, divers avis divergent à la lecture des données présentées. Certains argueront que les effectifs se stabilisent et ainsi que l'éventuelle « *prolifération* » d'agents contractuels ne semblerait plus à craindre, d'autres que malgré une faible augmentation, les effectifs s'accroissent petit à petit et régulièrement. Néanmoins, force est de constater que si les effectifs d'agents contractuels sont conséquents, la proportion demeure bien éloignée du nombre de fonctionnaires, ce qui n'autorise pas à conclure à une inversion du rapport principe – exception. Les chiffres ne permettent pas pour autant d'écarter la thèse d'un principe menacé progressivement par une approche contractuelle en expansion puisque le nombre d'agents contractuels est néanmoins très significatif.

Toutefois, si on s'en tient à la définition de la dualité, une fois encore les avis peuvent diverger. Pour qu'un système soit qualifié de dual, il faut nécessairement une certaine égalité entre les deux éléments de nature différente, une véritable opposition. Or, à la lecture des chiffres, ce n'est pas le cas. On ne peut traiter de dualité puisqu'un principe est bien identifiable, et une des composantes s'avère très clairement privilégiée. Mais, malgré la

⁸³⁴ www.larousse.fr

⁸³⁵ DGAFP, « Statistiques et recherche sur la fonction publique, l'emploi public en 2013, principales évolutions », 2013, p 8

⁸³⁶ *Ibid.*, p 8

préférence toujours affirmée, la fonction publique est manifestement composée de deux éléments de nature différente en termes de recrutement puisque si les proportions ne doivent pas encore inquiéter, l'association du recrutement statutaire et contractuel dans un même système de fonction publique laisse supposer l'insertion progressive d'une nouvelle logique perturbatrice, préfigurant peut-être un changement de principe. Une fonction publique duale se dessinerait peut-être progressivement.

188 - Une différenciation de traitements à l'origine d'une fonction publique dédoublée

La dualité provient de la présence de deux modes de recrutement et de la différence de situation des agents titulaires et non titulaires. Les divergences sont nombreuses : le recrutement en lui-même, la stabilité de la relation, la rémunération ou encore la fin de la relation sont autant d'éléments distincts. Toutefois, il ne faut pas se fier aux apparences, puisque bien que l'agent non titulaire se trouve dans une situation précaire, il peut retrouver certains avantages *via* son recrutement contractuel. Autrement dit, il peut parfois être tiré profit de la dualité dans la fonction publique.

La rémunération s'avère précisément un des éléments attractifs, séduisant les agents non titulaires. En effet, notamment dans la fonction publique territoriale, la rémunération des agents contractuels s'avérait plus élevée que celle des agents titulaires. Néanmoins, des modifications visant une parité ont été mises en place : ainsi, le montant maximum de rémunération ne peut excéder celui dont bénéficierait un agent de l'État placé dans des conditions similaires en application du principe de parité prévu par l'article 88 de la loi du 26 janvier 1984. Toutefois la différenciation en termes de rémunération pourrait trouver plusieurs justifications, comme l'attractivité, puisqu'elle s'avère constituer un véritable facteur de séduction pour les agents contractuels, mais elle peut également refléter une certaine proportionnalité en vertu des compétences spécifiques recherchées.

On remarque ainsi que l'ambivalence est relative, le principe demeurant identifiable très distinctement. Pourtant, la force des exceptions et leur recours répétés menacent le principe et démontrent un certain changement de rapport de force, une inclinaison, préfigurant la potentielle création d'une fonction publique dédoublée. Autrement dit, on ne peut encore parler véritablement de fonction publique duale, néanmoins l'ambivalence semble perceptible. Les rapports ne semblent pas rassurer sur ce point, puisque bien que la dualité soit évincée, elle se trouve néanmoins au cœur des propositions. Se dessine ainsi peu à peu une dualité

inquiétante qui justifie le questionnement actuel, où le contrat pérenne pourrait être identifié comme un véritable indicateur du déséquilibre gagnant le recrutement.

2 - Une dualité accentuée par la consécration du contrat pérenne

189 – Le contrat pérenne ou la continuité d'une dualité

Une dualité se dessine peu à peu dans la fonction publique actuelle, et la question de l'abandon ou de l'accentuation de l'ambivalence occupe toutes les démarches prospectives. Il convient dès lors de distinguer en quoi le contrat pérenne pourrait s'identifier comme un élément démonstratif d'une dualité.

Tout d'abord, la dualité n'est pas un élément nouveau dans la fonction publique, bien au contraire. La dualité se retrouve même dès les origines de la fonction publique. Par exemple on retrouve une dualité, comme cela a été évoqué dans un travail historique, dans les charges de la fonction publique : « *En 1493, une ordonnance de Charles VIII proclama la dualité des charges de la fonction publique : d'un côté les officiers inamovibles ; de l'autre, les commissaires révocables* »⁸³⁷. Très simplement, lorsque la charge du commissaire est pérenne ou permanente, elle devient un office. Ainsi, la fonction publique a toujours concentré une certaine dualité, opposition, entre des agents permanents et temporaires, et l'exemple apporté permet d'identifier « *un lointain fondement d'une dichotomie fondamentale et caractéristique de la fonction publique française, à savoir le principe de la double carrière* »⁸³⁸.

Aujourd'hui, bien évidemment, il n'est plus question d'office et de vénalité, dès lors que la fonction publique n'est plus celle de l'ancien régime ; mais, force est de constater que l'histoire n'est qu'un perpétuel recommencement puisque les différents acteurs d'hier pourraient aujourd'hui se retrouver, dans des situations différentes et sous des noms nouveaux, leur « homologues » étant identifiables. Les officiers inamovibles seraient les fonctionnaires, et les commissaires révocables pourraient être les agents contractuels. Mais une différenciation surgit : lorsque la charge du commissaire est permanente, ce dernier devient officier. Transposé à la situation actuelle, cela reviendrait à dire que lorsqu'un agent contractuel occupe un emploi permanent, il deviendrait fonctionnaire. Et si un agent contractuel occupait un emploi permanent de façon pérenne, c'est-à-dire sans terme pour mettre fin à la relation avec l'administration ? Qui serait-il en 1493 ? Aujourd'hui il s'agit d'un agent contractuel à durée indéterminée.

⁸³⁷ FREYDER (Arnaud), *La fonction publique, chronique d'une révolution silencieuse*, Paris : LGDJ, 2013, 384 p, p 17

⁸³⁸ *Ibid.*, p 17

Le contrat pérenne est ainsi révélateur d'une certaine continuité d'une politique duale en termes de recrutement dans la fonction publique. Bien que la dualité ne soit pas nouvelle et s'avère même constituer une des caractéristiques de la fonction publique française, le contrat pérenne poursuit l'ambivalence. Différents éléments peuvent amener à démontrer cette continuité : tout d'abord, le contrat pérenne apparaît comme un aboutissement de l'insertion d'une logique d'emploi privé et des emprunts privatistes. La dualité de la fonction publique provient de différents éléments qui mis bout à bout font sens. Il s'agit d'une opposition entre agent titulaire et agent non titulaire, un double recrutement, ou encore la confrontation entre deux logiques singulières : les principes du droit de la fonction publique et l'insertion progressive d'une approche privatiste. Le contrat pérenne semble dès lors en parfaite continuité avec les éléments moteurs de la dualité de la fonction publique. La reconnaissance du contrat à durée indéterminée marque un véritable tournant dans la progression de la sphère privée et constitue un facteur déterminant de l'assise privatiste dans la fonction publique.

Ensuite, outre l'alimentation de la dualité découlant d'une opposition entre droit du travail et droit de la fonction publique, le contrat pérenne semble un parfait symbole de la politique duale mise en place dans le recrutement puisqu'il consacre des dispositions visant à affaiblir la logique statutaire, et renforce l'opposition au principe incarné de façon générale par le contrat. Très simplement, avec les dispositions successives de 2005 et 2012, on permet l'émergence d'une deuxième relation à durée indéterminée, singulière, aux côtés du statut. Dès lors, la consécration du contrat pérenne marque le prolongement d'une politique duale, mais concourt également à un certain renforcement de la dualité observée.

190 – Le contrat pérenne ou l'accentuation de la dualité

Différents effets du contrat pérenne démontrent une certaine accentuation de la dualité. Les modifications, incompréhensions et nouveautés apportées avec le contrat pérenne sont telles, qu'il ne s'agit plus simplement de la poursuite d'une opposition marquée creusant un fossé toujours plus important entre deux modes de recrutement, mais d'une véritable accentuation du processus. Un des effets du contrat pérenne étayant l'idée d'un renforcement est celui de l'insertion d'une nouvelle catégorie d'agent. Avec la reconnaissance du contrat à durée indéterminée, on retrouve désormais dans la fonction publique des agents titulaires, des agents contractuels en CDD et des agents contractuels en CDI. Ainsi, soit l'introduction du contrat pérenne vient renforcer ce qui est appelé « la sous fonction publique », c'est-à-dire la fonction publique contractuelle, soit la reconnaissance du CDI s'accompagne de l'émergence d'une

troisième catégorie d'agents venant grossir les rangs des exceptions. Autrement dit, l'introduction du CDI, s'il s'attache à sécuriser, ne résout pas les problématiques liées à la dualité, bien au contraire. Pour la doctrine, il s'agit bien d'une « *troisième voie* » consacrée : « *celle des agents contractuels permanents occupant des emplois permanents* »⁸³⁹. Au-delà de la dualité marquée entre agents titulaires et agents non titulaires, peut-être que la reconnaissance du contrat pérenne aurait pour effet d'installer une « *triplarité* » en intégrant une troisième voie dont les conséquences s'avèrent bien éloignées d'une simplification. Les nouveaux agents en CDI auront ainsi vocation à faire « *carrière* » dans la fonction publique. De nouveaux droits sont reconnus aux agents en CDI en conséquence : évaluation, rémunération, mobilité, etc... Ainsi, apparaît la construction progressive d'un véritable « *statut bis prenant sa place à côté du statut général* »⁸⁴⁰.

La généralisation du contrat pérenne conduit à une complexification et une certaine incompréhension qui laissent présager de futures questions encore plus ardues. Loin de simplifier, on renforce l'ambivalence en alimentant la dualité, voir en créant une nouvelle voie. Différentes questions sont à résoudre : les problématiques liées à la « *priorité d'accès à l'emploi vacant, ainsi qu'aux cas de reclassement pour suppression d'emplois* »⁸⁴¹. La progression de carrière sera également l'objet de questionnements. Mais les principales interrogations porteront sur la confrontation et les aménagements entre les fonctionnaires et les agents en CDI : « *Les agents en CDI risquent de se retrouver privés d'accès aux fonctions les plus élevées ou à l'inverse de bloquer la promotion interne des fonctionnaires ou encore d'empêcher le recrutement de lauréats de concours qui viendront alors grossir les rangs des reçus-collés* »⁸⁴².

Enfin, de manière générale, les inquiétudes porteront sur le fait que les agents en contrat pérenne ne disposeront pas de la distinction du grade et de l'emploi, ce qui est une protection et un gage d'indépendance important pour les fonctionnaires. Dès lors, les nouveaux agents pérennisés « *risquent de se trouver plus facilement que d'autres inféodés ou d'avoir du mal à résister aux pressions politiques de peur de perdre leur emploi* »⁸⁴³. Il semblerait que les réponses arrivent au « *compte-goutte* », suivant les cas alimentant le contentieux. Ainsi le Conseil d'État, sollicité par la Cour Administrative d'Appel de Paris, a rendu un avis

⁸³⁹ POIROT (Jean- Christophe), interview de Didier (Jean-Pierre), « Une fonction publique à deux statuts », in : La lettre du cadre territorial, n°459, 1^{er} mars 2013

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ *Ibid.*

⁸⁴² *Ibid.*

⁸⁴³ *Ibid.*

affirmant la priorité du fonctionnaire sur l'agent en contrat à durée indéterminée⁸⁴⁴. Si l'agent en CDI ne peut, par son contrat, conserver son emploi lorsqu'un fonctionnaire est recruté et affecté sur cet emploi, on ne peut néanmoins licencier l'agent contractuel sans avoir cherché à reclasser ce dernier au préalable⁸⁴⁵. Le Conseil d'État répond ainsi dans un premier temps aux inquiétudes portant sur la priorité entre agent titulaire et non titulaire à durée indéterminée, et précise également que, bien que les agents à durée indéterminée ne puissent exiger la conservation de leur emploi par leur contrat, l'administration doit nécessairement rechercher à reclasser l'agent contractuel avant d'envisager un licenciement. Il s'agit ainsi d'une exigence de proportionnalité, visant à affirmer le principe en vertu duquel les emplois permanents sont occupés en priorité par des fonctionnaires, tout en assurant une certaine sécurité aux agents contractuels en CDI en évitant des licenciements expéditifs aux motifs aléatoires sans procédure de reclassement. Le législateur a suivi l'avis du Conseil d'État et des dispositions similaires ont ainsi été mises en œuvre⁸⁴⁶. Les réponses s'étoffent ainsi progressivement, tentant continuellement d'associer le respect des principes régissant la fonction publique et la nécessaire explicitation de la situation des agents contractuels à durée indéterminée.

B- Une fonction publique « gestionnarisée »

Une fonction publique duale se dessine et s'étoffe avec la généralisation du recours au contrat à durée indéterminée ; les effets de cette opposition croissante influence également la gestion des ressources humaines. La fonction publique est confrontée à de nouvelles problématiques, autrefois étrangères à l'administration. Ainsi, au-delà des questions portant sur l'agent en contrat à durée indéterminée, des interrogations sur la mise en œuvre et la gestion même de l'administration et ses services s'imposent. En termes de gestion des ressources humaines, la dualité constitue tantôt une force de proposition, une palette adaptée aux besoins (1), tantôt un

⁸⁴⁴ CE, Avis, 25 septembre 2013, *Mme Sadlon*, n° 365139, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2013, p 1831 ; *AJDA* : 2013, p 2199, chron. A. Bretonneau, *JORF* : 28 septembre 2013, n°0226 : « résulte de ces dispositions que le législateur a entendu que les emplois civils permanents de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics à caractère administratif soient en principe occupés par des fonctionnaires et qu'il n'a permis le recrutement d'agents contractuels qu'à titre dérogatoire et subsidiaire, dans les cas particuliers énumérés par la loi, que ce recrutement prenne la forme de contrats à durée déterminée ou, par application des dispositions issues de la loi du 26 juillet 2005, de contrats à durée indéterminée ». Ainsi le caractère prioritaire semble découler de ces mêmes principes énoncés, dès lors « un agent contractuel ne peut tenir de son contrat le droit de conserver l'emploi pour lequel il a été recruté, lorsque l'autorité administrative entend affecter un fonctionnaire sur cet emploi ».

⁸⁴⁵ CE, Avis, 25 septembre 2013, *Mme Sadlon*, n° 365139, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2013, p 1831 ; *AJDA* : 2013, p 2199, chron. A. Bretonneau, *JORF* : 28 septembre 2013, n°0226 : « il incombe à l'administration, avant de pouvoir prononcer le licenciement d'un agent contractuel recruté en vertu d'un contrat à durée indéterminée pour affecter un fonctionnaire sur l'emploi correspondant, de chercher à reclasser l'intéressé ».

⁸⁴⁶ Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 5 novembre 2014, n°0256, article 6 : « le licenciement ne peut être prononcé que lorsque le reclassement de l'agent dans un emploi que la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 autorise à pourvoir par un agent contractuel et dans le respect des dispositions légales régissant le recrutement de ces agents, n'est pas possible ».

sérieux handicap par une « lourdeur » significative (2). Pour l'efficacité des services également, des problématiques peuvent être relevées.

1- Le contrat pérenne, une opportunité managériale

191 – Un besoin managérial

On a longuement traité de l'introduction progressive d'une nouvelle idéologie gestionnaire. La dualité de la fonction publique alimente la « gestionnarisation » de la fonction publique et souligne la confrontation entre la fonction publique « traditionnelle » et la fonction publique gestionnaire. Le contrat pérenne s'identifie comme un véritable outil de management permettant de satisfaire aux exigences gestionnaires de plus en plus pressantes. Le management, « *l'ensemble des techniques de direction, d'organisation et de gestion de l'entreprise* »⁸⁴⁷, voit ses besoins se développer depuis quelques années dans la fonction publique, sachant que les employeurs publics recherchent des outils pour mettre en œuvre une politique gestionnaire appuyée. Il s'agit d'un véritable enjeu dans la fonction publique, comme peuvent en témoigner différents exemples. L'entretien professionnel peut constituer un premier exemple opportun⁸⁴⁸. L'évaluation des agents constitue un outil de management et de gestion des ressources humaines, et permet par exemple « *une meilleure prise en compte de la valeur professionnelle des agents dans les décisions d'avancement, de promotion et de rémunération indemnitaire* »⁸⁴⁹. Il s'agit d'un « *acte de management* », confortant « *le supérieur direct dans son rôle de manager* »⁸⁵⁰, durant un échange professionnel où des questions plus pratiques, comme les conditions ou les horaires de travail pourront être abordées. À côté de l'entretien professionnel, le contrat apparaît comme un deuxième outil de management où le supérieur hiérarchique se conforte dans son rôle dès le recrutement, avec des agents recrutés en fonction de leurs profils et des besoins exprimés par le service. L'individualisation de la relation de travail procurée par une approche conventionnelle s'avère ainsi au cœur d'une politique efficace en termes de management.

192 – Le contrat pérenne, de nouvelles possibilités

L'attractivité du recrutement contractuel repose sur la diversité et les possibilités offertes au recruteur. En effet, le contrat permet d'étoffer une palette de recrutement, de répondre à différents besoins : pallier un besoin temporaire, ou une vacance d'emploi, répondre à un

⁸⁴⁷ www.larousse.fr

⁸⁴⁸ DGAFP, « le dispositif d'évaluation dans la fonction publique », powerpoint, 2008

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p 13

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p 14

besoin saisonnier ou encore recruter sur un emploi permanent sans recruter statutairement, « pour toute la vie ». Désormais, il serait difficile pour l'employeur public d'imaginer une politique en termes de recrutement sans le recours au contrat, devenu une véritable variable d'ajustement à plus faible conséquence que la titularisation. Le contrat pérenne apparaît ainsi comme une nouvelle nuance à disposition du manager public : recruter de façon pérenne sur un emploi permanent, contractuellement, et de façon moins contraignante que dans le cas du recrutement statutaire. En termes de gestion des ressources humaines, le contrat à durée indéterminée permet également de répondre à certaines problématiques. Par exemple, le contrat pérenne est un moyen habile de conserver les bons éléments ayant fait leurs preuves durant six années, bien intégrés dans le service, tout en conservant une sorte « d'échappatoire », un risque en moins puisque si les événements sont amenés à évoluer, se séparer d'un agent contractuel s'avère bien moins complexe que dans le cas d'un agent titulaire.

L'agent à durée indéterminée serait ainsi un « titulaire allégé », que l'on conserve, qui a fait ses preuves, mais dont on peut se séparer plus facilement. De plus, certaines frustrations des agents pérennes découlant de leur situation contractuelle face à leurs collègues statutaires s'avèrent évacuées par la possibilité de passer des concours internes, souvent conseillée et encouragée par leurs supérieurs. Toutefois, l'avantage du licenciement accompagnant l'exercice contractuel ne résiderait pas seulement dans la possibilité offerte ou dans le caractère « rassurant » de ce dernier pour le manager public, mais davantage dans la crainte et la motivation qu'il procurerait chez l'agent, dont la position précaire et instable pousserait ce dernier à se dépasser. Toutefois cette idée reçue mérite d'être nuancée.

193 – Le licenciement, une fausse motivation

Dans l'opinion commune, nombreux sont ceux qui véhiculent certains clichés du fonctionnaire revêtant l'image d'un privilégié ménageant ses efforts en raison de la stabilité et de la sécurité d'emploi dont il bénéficie. On pense ainsi qu'une situation précaire, la crainte ou la menace du licenciement, sont de véritables moteurs et outils de management afin de pousser le salarié, ou l'agent, à se dépasser. Cette vision souffre toutefois de nombreuses contradictions et de diverses réfutations depuis plusieurs années.

Imaginer le licenciement comme une sanction source de motivation consiste à reprendre certaines bases du Taylorisme suivant un schéma des plus basiques. Pour Taylor, le salarié n'est motivé que par une seule chose : son salaire. Pour mériter salaire, pour obtenir l'objet de

tous les désirs, les sanctions prévues sont ainsi également source de motivation car éviter ces dernières permet au salarié d'atteindre son but : « *le travailleur n'étant motivé que par le montant de sa rémunération, les indicateurs sont du type simple punition/ récompense* »⁸⁵¹. Les syndicats parleront d'une application très simple de l'antique principe du « bâton et de la carotte »⁸⁵², et surtout ils qualifieront ce procédé de management autoritaire. En effet, la peur du licenciement comme facteur de motivation est un outil de management autoritaire, remis en question depuis bien longtemps puisque ce dernier, comme Taylor lui-même l'avoue, évacue toute idée de développement de soi et d'épanouissement au travail : « *les gens se baseront sur le fait que cela ne tend pas à développer l'initiative, la confiance en soi et l'originalité des individus* »⁸⁵³.

Après le taylorisme, diverses théories dont celles de Frederik Herzberg, ont démontré au contraire que le salarié était davantage motivé par le développement personnel et un environnement de travail propice et paisible (hygiène des lieux, etc...). Herzberg émet une distinction : pour ce dernier les facteurs de satisfaction au travail ne doivent pas se confondre avec les facteurs d'insatisfaction. Les deux facteurs sont indépendants : le contraire de la satisfaction n'est pas l'insatisfaction. Herzberg écrit ainsi dans *Le travail et la nature de l'homme* : « *Répetons-le, le comportement au travail doit être considéré sous deux angles : Que cherche le salarié ? Qu'est-ce qui le rend heureux ? Puis une autre question distincte se pose qui ne se déduit pas de la première : Que désire-t-il éviter ? Qu'est-ce qui le rend malheureux ?* »⁸⁵⁴. La méthode simpliste de la sanction-récompense ne trouverait dès lors plus sens. Considérer le licenciement comme une menace vectrice de motivation pour l'agent, dont ne peut bénéficier le fonctionnaire, semble ainsi une idée erronée qui ne peut être invoquée comme l'élément manquant à la motivation de l'agent titulaire. Revenir sur cet argument, souvent évoqué de manière générale, constituerait un retour à des théories aujourd'hui écartées, en décalage avec les besoins réels des personnels, mais surtout cela serait encore plus déroutant concernant la fonction publique dont la motivation de l'agent devrait avant tout s'axer autour du fait de servir l'État, la collectivité, les usagers, etc... Concevoir la motivation des agents par le seul prisme de la rémunération et de la crainte d'une éviction apparaîtrait dès lors antinomique et en parfaite opposition avec l'idée de la fonction publique.

⁸⁵¹ COUCOUREUX (Michel), *S/d, Contrôle de gestion*, Paris : Nathan, coll. Manuels et applications, 2^{ème} éd, 2010, 596 p

⁸⁵² Exemple : CGT RATP bus, tract : « Politique d'entreprise : Après la carotte ...le bâton ! », 2015.

⁸⁵³ Taylor cité par : MAUGERI (Salvatore), *Théories de la motivation au travail*, Paris : Dunod, 2^{ème} éd, 2013, 128 p

⁸⁵⁴ HERZBERG (Frederick), *Le travail et la nature de l'homme*, Entreprise Moderne d'Édition, 1971

Le contrat pérenne comme le recrutement contractuel de façon générale revêtent ainsi différents avantages en termes de management et de gestion des ressources humaines. Le contrat offre souplesse et flexibilité, il permet à l'employeur public d'étoffer sa palette de recrutement et de conserver de bons éléments avec une sécurité supplémentaire : la possibilité de se séparer plus facilement des agents. Toutefois, il ne faut pas confondre opportunité et précarité. Les avantages procurés par le recours contractuel font oublier l'insécurité de la situation de l'agent, le caractère précaire entraînant des méthodes jugées opportunes mais parfois autoritaires comme l'exemple de la motivation par le licenciement. Autrement dit, l'instabilité est propice à certains « débordements » et concevoir une motivation par la crainte s'avère une technique de management des plus discutables et discutées depuis bien longtemps. Ce ne sont toutefois pas des méthodes répandues dans la fonction publique, néanmoins l'argument de la motivation se retrouve à de nombreuses reprises.

2- Le contrat pérenne, des difficultés de gestion

194 – Des difficultés pour les directeurs des ressources humaines

Le contrat pérenne revêt différents avantages, pour l'agent contractuel qui se trouve dans une situation plus sécurisée, comme pour les managers publics qui entrevoient de nouvelles possibilités. Néanmoins, le contrat pérenne entraîne également des difficultés et constitue parfois un véritable « casse-tête » pour les directeurs des ressources humaines (DRH)⁸⁵⁵. Les premiers freins peuvent s'identifier rapidement : un choix est nécessairement accompagné d'une complexification en termes de gestion. L'employeur public devra connaître et mettre en œuvre des règles privatistes et publicistes, démontrer des compétences en droit du travail comme en droit de la fonction publique. Ainsi chaque statut ou contrat nécessite la mise en œuvre de règles propres. Outre la complexité découlant de la diversité, on pourrait identifier un autre frein à la pérennisation du contrat : la peur de renouveler les contrats des agents à durée déterminée en contrats à durée indéterminée. Ainsi on se séparera des agents en CDD au bout des 6 ans (3 ans renouvelable une fois) qui, même s'ils constituent de bons éléments, ne permettront pas de prendre le risque de recruter en contrat à durée indéterminée. Les managers ou employeurs publics auront ainsi tendance à recommander aux agents de passer des concours internes.

Toutefois, la lettre du cadre territorial de 2011 regroupe divers témoignages qui soulignent les diverses difficultés relatives au contrat pérenne pour les DRH dans la fonction publique

⁸⁵⁵ POIROT (Jean-Christophe), « CDI, un casse-tête pour DRH », in : *La lettre du cadre territorial*, 15 janvier 2011, n°414

territoriale. Tout d'abord, une des premières contraintes réside dans la rémunération. Ce point s'avère extrêmement démonstratif puisqu'il concentre de nombreuses problématiques relatives au CDI comme le difficile maintien d'une certaine égalité ou parité entre agents contractuels et titulaires ou encore comme l'opposition entre les méthodes contractuelles et statutaires. En effet, le recrutement contractuel permet au candidat de négocier dès l'embauche sa rémunération, une possibilité étrangère aux agents titulaires. La première difficulté des DRH sera de trouver un accord proportionné, une rémunération conforme aux exigences tenant à la concurrence et à l'expérience du candidat, ainsi qu'à celle prévue pour les fonctionnaires. Bien souvent, les agents contractuels ont une rémunération plus élevée à l'embauche, des profils spécifiques nécessitant une rémunération proportionnée. Néanmoins, la question de la parité avec les fonctionnaires ne se pose pas bien longtemps, les agents contractuels ne bénéficiant pas d'un déroulement de carrière comme celui prévu pour les agents titulaires. Toutefois, concernant le contrat à durée indéterminée, un réexamen de la rémunération est prévu tous les trois ans. La réévaluation présente ainsi une nouvelle difficulté pour le DRH qui devra prendre en compte une certaine « surévaluation » de la rémunération à l'embauche tout en considérant les désirs et volontés de l'agent, comme ses performances. La nécessaire préservation d'une égalité entre agents contractuels et titulaires a des conséquences, puisque les augmentations sont bien souvent contenues : « *Compte tenu de la surévaluation au moment de l'embauche, les augmentations sont contenues, de sorte qu'en fin de carrière les écarts initiaux entre fonctionnaire et contractuel sont largement minimisés* »⁸⁵⁶. L'équité entre les rémunérations de l'agent non titulaire et de l'agent titulaire constitue ainsi une des exigences cruciales à préserver : « *les revalorisations s'effectuent a minima sur la base de la grille salariale des titulaires. L'enjeu, c'est de ne pas faire aux agents en CDI un déroulement de carrière plus favorable que celui réservé aux agents statutaires. Il ne faut pas que s'installe le sentiment que c'est plus favorable d'être contractuel* »⁸⁵⁷.

Une deuxième difficulté démontrant un certain paradoxe se dessine également pour les DRH confrontés au contrat pérenne : la carrière. *A priori*, l'absence de carrière s'avère justement un point attractif du système d'emploi sur lequel repose le contrat, or la carrière présente vite des contraintes pour l'employeur public. La contradiction provient du fait que le contrat pérenne vise à sécuriser. Toutefois, comme le soulève les témoignages dans *la lettre de cadre territorial*, il ne faut pas pour autant que l'agent contractuel se retrouve dans une « cage

⁸⁵⁶ POIROT (Jean-Christophe), « CDI, un casse-tête pour DRH », *loc. cit.*

⁸⁵⁷ *Ibid.*

dorée »⁸⁵⁸ : « *La CDisation peut se transformer en cage dorée : des années après leur recrutement, certains sont toujours sur le même poste, avec une rémunération qui plafonne. Ce n'est pas sain en termes de management, mais nous sommes assez démunis* »⁸⁵⁹. Les perspectives de carrière ne sont pas très diversifiées pour l'agent contractuel en CDI ; pourtant ce dernier disposant d'un contrat pérenne nécessite bien évidemment qu'une carrière lui soit proposée. En termes de management, contraindre l'agent au même poste sans aucune perspective ne s'avère pas conciliable avec une quelconque notion de performance. La principale évolution se concentre ainsi sur la possibilité de passer des concours, or d'autres difficultés apparaissent. Tout d'abord, bien souvent les agents positionnés sur un même poste durant plusieurs années ne semblent pas tous désirer passer des concours en interne et se satisfont de leur situation, surtout lorsque le contrat est à durée indéterminée. Ensuite, pour certains, en fonction du poste, il faudrait passer un concours de catégorie A très complexe. Enfin les agents contractuels en CDI sont souvent recrutés pour leurs compétences spécifiques et ainsi la spécialisation des fonctions freine bien souvent les possibilités de mobilité en interne.

195 – Un service déstabilisé

La principale contrainte imposée par le contrat pérenne découle donc de l'équité à préserver entre l'agent contractuel et le fonctionnaire. Les effets du contrat pérenne influent sur le service et l'administration en général, puisque la cohabitation peut s'avérer parfois difficile. L'agent titulaire comme le non titulaire à durée indéterminée aspirent tous deux à évoluer professionnellement avec une augmentation de rémunération conséquente. Toutefois, des tensions peuvent apparaître : « *Des fonctionnaires ont pu avoir le sentiment que les agents en CDI souhaitaient cumuler les avantages liés au contrat - tels que l'absence de concours et un salaire souvent plus élevé - avec les garanties liées à l'appartenance à la fonction publique* »⁸⁶⁰. Le DRH doit dès lors se placer à nouveau comme un arbitre, ménageant les susceptibilités de tous. Il expliquera aux fonctionnaires qu'ils bénéficient d'un déroulement de carrière leur permettant d'évoluer beaucoup plus rapidement que les contractuels. Le manager démontrera également aux agents contractuels en CDI se sentant négligés face à leurs collègues statutaires qu'ils disposent de compétences spécifiques : « *le recours au contrat répond à un besoin d'expertise particulier qu'il est juste de rémunérer* »⁸⁶¹. Sachant que le

⁸⁵⁸ POIROT (Jean-Christophe), « CDI, un casse-tête pour DRH », *loc. cit*

⁸⁵⁹ *Ibid.*

⁸⁶⁰ *Ibid.*

⁸⁶¹ *Ibid.*

DRH ou le manager est lui-même parfois un agent contractuel, devant lui aussi s'adapter à une cohabitation entre statutaires et contractuels, la dualité de la fonction publique occasionne ainsi de nombreuses difficultés en termes de management, en contrepartie des vertus pourtant vantées, et influence les relations entre le personnel et les responsables hiérarchiques, contraints de développer des compétences d'équilibristes de haut vol.

2 § Une Fonction publique précarisée

La dualité de la fonction publique comme la difficile installation d'une fonction publique « gestionnarisée » mène à une certaine instabilité. Un des effets du contrat pérenne conduit ainsi très paradoxalement, car cela est bien éloigné de l'objectif de sécurisation initial, à renforcer la précarité dans la fonction publique. En effet, bien que l'introduction puis la généralisation du contrat à durée indéterminée constituent les pièces maîtresses d'un plan de sécurisation des agents non titulaires, l'objectif présenté ne semble pas atteint, les contradictions demeurant renforcées (A). Le contrat pérenne accentue nécessairement la dualité et l'opposition dans la fonction publique, entre un recrutement reposant sur une logique statutaire et un autre sur une approche contractuelle. Cohabitent ainsi deux systèmes, d'emploi et de carrière, des agents épars aux situations singulières et aux statuts différenciés, alimentant les inquiétudes et anticipations quant au futur modèle de fonction publique pouvant se dessiner (B).

A – Une fonction publique actuelle au cœur des contradictions

L'objectif de sécurisation incarné par le contrat pérenne ne semble pas probant et une précarité demeure dans la fonction publique (1). L'origine de l'insécurité provient des contradictions non traitées, alimentées au contraire par le contrat pérenne (2). La réelle intention de sécuriser les agents contractuels à travers le contrat pérenne soulève des interrogations. Peut-être convient-il davantage d'identifier une nouvelle manifestation d'une politique détournée visant à malmener l'approche statutaire en la contournant. Le contrat pérenne renforce la dualité de la fonction, s'écartant nécessairement de la volonté de sécuriser.

1 – Une résorption nécessaire de la précarité dans la fonction publique

196 – Une fonction publique précaire

La précarité de la fonction publique est une question relativement récente, qui peut paraître bien étonnante au regard des clichés diffusés concernant le fonctionnaire ; néanmoins, on se

retrouve désormais bien « *loin de l'image du fonctionnaire protégé* »⁸⁶². Dans le dictionnaire, la précarité se définit de la manière suivante : « *Qui n'offre nulle garantie de durée, de stabilité, qui peut toujours être remis en cause* »⁸⁶³. Toutefois, dans un rapport sur la précarité dans la fonction publique territoriale rendu par le Conseil supérieur de la fonction publique territoriale⁸⁶⁴, une définition plus exhaustive est employée. La définition, élaborée par Joseph Wresinski en 1987 dans un rapport présenté au nom du Conseil économique et social, est la suivante : « *La précarité est l'absence d'une ou plusieurs des sécurités, notamment celle de l'emploi, permettant aux personnes et aux familles d'assumer leurs obligations professionnelles, familiales et sociales et de jouir de leurs droits fondamentaux. L'insécurité qui en résulte peut être plus ou moins étendue et avoir des conséquences plus ou moins graves et définitives. Elle conduit à la grande pauvreté, quand elle affecte plusieurs domaines de l'existence, qu'elle devient persistante, qu'elle compromet les chances de réassumer ses responsabilités et de reconquérir ses droits par soi-même, dans un avenir prévisible* »⁸⁶⁵. La précarité se caractérise ainsi par une absence de sécurité, notamment relative à l'emploi. La fonction publique, réputée justement pour la sécurité de l'emploi qu'elle réserve à ses agents, ne devrait dès lors pas retrouver la problématique de la précarité. Toutefois, différents éléments peuvent démontrer le contraire, notamment dans la fonction publique territoriale.

197 – L'exemple d'une précarité croissante dans la fonction publique territoriale

Le rapport rendu en 2011 par le Conseil Supérieur de la fonction publique territoriale traitant de la précarité du versant territorial présente un état des lieux détaillé et de nombreuses données intéressantes. Le rapport effectue néanmoins différentes distinctions : tout d'abord, trois facteurs de précarité sont analysés, c'est-à-dire une précarité liée à l'emploi, une précarité financière et enfin une précarité des droits⁸⁶⁶. Ensuite, le rapport distingue également la situation des agents non titulaires de celle des agents titulaires.

Concernant les agents non titulaires dans un premier temps, la précarité semble plus évidente puisque cette dernière découle simplement du contrat. En effet, si la précarité se caractérise par l'instabilité et l'absence de garantie de durée, le contrat à durée déterminée par exemple

⁸⁶² DE MONTECLER (Marie-Christine), « Un rapport sur la précarité dans la fonction publique territoriale », in : Dalloz actualité, 25 mars 2011

⁸⁶³ www.larousse.fr

⁸⁶⁴ CSFPT, Rapport sur la précarité dans la fonction publique territoriale, 16 mars 2011

⁸⁶⁵ WRESINSKI (joseph), Grande pauvreté et précarité économique et sociale, rapport présenté au nom du Conseil économique et social, 1987

⁸⁶⁶ CSFPT, Rapport sur la précarité dans la fonction publique territoriale, 16 mars 2011 : « *Pour être plus précis dans ce diagnostic, il est apparu intéressant de distinguer trois dimensions de la précarité : - la précarité de l'emploi ; - la précarité financière ; - la précarité des droits* ».

apparaît dès lors comme un contrat précaire, le droit du travail classant également le contrat à durée déterminée dans cette même catégorie. Toutefois, la question sera plus complexe concernant les agents contractuels à durée indéterminée, bien que ces derniers soient bien évidemment tout aussi concernés : « *La question de la précarité dans la fonction publique d'une façon générale touche aussi bien à l'ensemble des agents non titulaires (y compris en CDI) qu'à une partie non négligeable d'agents titulaires* »⁸⁶⁷. Afin de traiter la précarité des agents non titulaires, il convient d'étudier les situations, les facteurs précarisant, les agents concernés ainsi que les raisons nourrissant une précarisation. Concernant la précarité de l'emploi, afin d'analyser cette dernière il faut bien évidemment s'attacher à la population concernée, autrement dit au nombre d'agents contractuels. La fonction publique territoriale a le taux le plus élevé d'agents non titulaires parmi les trois versants de la fonction publique. En 2009, un agent sur cinq occupe un emploi de non titulaire dans la fonction publique territoriale. Le facteur d'aggravation le plus important conduisant vers une certaine précarisation des emplois des agents non titulaires est incontestablement la réduction du temps de travail. La situation instable des agents non titulaires, conjuguée avec un temps de travail réduit fragilise nécessairement ces derniers : « *En cas de temps de travail non complet, les non titulaires occupent des emplois fortement précaires* »⁸⁶⁸. En 2007, 37 % des non titulaires occupent un emploi à temps non complet, soit plus de 70 000 agents. Les agents concernés par cette précarisation croissante sont pour la majorité des femmes⁸⁶⁹. Certaines filières sont également plus concernées que d'autres, comme la filière technique ou encore les métiers du scolaire et du périscolaire. Les raisons expliquant l'emploi précaire et son développement dans la fonction publique récemment sont diverses et le rapport en présente certaines : bien évidemment, une des premières justifications réside dans les besoins de souplesse et de flexibilité exprimés dans la gestion de l'emploi dans les plus petites collectivités par exemple. L'emploi précaire trouve également des justifications dans les difficultés des collectivités à prendre en compte les besoins permanents, « *favorisant une gestion dans l'urgence* »⁸⁷⁰. Outre l'apparent embarras des collectivités à formuler des pratiques d'anticipation de l'emploi, le rapport relève également une certaine inadaptabilité des concours.

⁸⁶⁷ CSFPT, Rapport sur la précarité dans la fonction publique territoriale, 16 mars 2011, p 92

⁸⁶⁸ *Ibid.*, p 15

⁸⁶⁹ *Ibid.*, p 21 : « *L'instabilité de l'emploi non titulaire touche en premier les femmes. Deux non titulaires sur trois sont des femmes* ».

⁸⁷⁰ *Ibid.*, p 30

Dans un second temps, le rapport traite des agents titulaires. La problématique posée par la précarité des agents titulaires est encore plus intrigante, puisqu'on ne cesse de reprocher aux fonctionnaires de n'être que des privilégiés, ne contribuant pas aux efforts communs. Or, lorsqu'on se penche sur la question et que l'on parcourt les différents témoignages, on constate en effet une certaine précarisation des agents titulaires, ainsi qu'une vulnérabilité. Le rapport l'explique : « *A côté de la situation des non titulaires, ce rapport souhaite insister sur un constat que plusieurs témoignages ont contribué à corroborer, à savoir la précarité grandissante de certains agents titulaires* »⁸⁷¹. La précarité des fonctionnaires repose « *sur l'extrême fragilité, voire les situations de dénuement vécues par certains, que leur statut de fonctionnaire ne parvient plus à protéger* »⁸⁷². Ainsi les agents principalement concernés par cette précarité sont ceux qui ont été considérablement fragilisés par un accident de la vie, mais dès lors la précarité ne sera pas synonyme d'instabilité de l'emploi. La précarité concerne davantage les « *agents titulaires de la catégorie C quand ceux-ci occupent un emploi à temps non complet* »⁸⁷³. Le premier facteur de précarité apparaît ainsi, comme pour les agents non titulaires, constitué par le temps de travail et sa réduction. En 2010, 13 % des fonctionnaires occupent un emploi à temps non complet. En matière de fonctionnariat également, des filières sont plus touchées que d'autres : ainsi 67% des secrétaires de mairie sont à temps non complet, 45 % des agents sociaux, 25 % des agents techniques et d'animation, et enfin 20% des ATSEM. Les femmes sont également les plus touchées par cette précarité. Les raisons sont simples : en fonction des structures, comme pour les petites collectivités, les besoins en personnels sont inférieurs à un temps plein par exemple. La deuxième raison invoquée peut paraître plus étonnante : le rapport relève également que l'absorption d'une partie des besoins par des emplois de non titulaires serait une des raisons conduisant à une réduction du temps de travail des fonctionnaires. Une contradiction forte et apparente se souligne ainsi : le recrutement contractuel est une exception, pourtant lorsque son recours est généralisé, des effets sur l'emploi des statutaires se manifestent et la précarité des uns entraîne celle des autres.

L'instabilité de l'emploi, caractérisée par le support contractuel ou par la réduction du temps de travail emporte nécessairement d'autres difficultés : une précarité financière par exemple. La précarité des agents non titulaires se constitue ainsi par « *des revenus incertains* »⁸⁷⁴. Une précarité financière se constate pour tous les agents, fonctionnaires et non titulaires, lorsqu'ils

⁸⁷¹ CSFPT, Rapport sur la précarité dans la fonction publique territoriale, 16 mars 2011, p 38

⁸⁷² *Ibid.*, p 38

⁸⁷³ *Ibid.*, p 38

⁸⁷⁴ *Ibid.*, p 47

ne sont pas à temps complet. Le temps de travail réduit s'avère ainsi un facteur fort de précarité. On note différentes conséquences pour les agents de la fonction publique, et divers indicateurs soulignent cette précarité financière : une montée du surendettement, une augmentation des demandes d'aides sociales, etc... Enfin, la précarité dans la fonction publique s'identifie dans une troisième et dernière dimension : une précarité des droits. Le rapport relève certaines difficultés conduisant à une précarisation comme un accès difficile aux prestations chômage, des problématiques en matière de reclassement où l'on se retrouve « *entre précarité des droits et précarité de l'emploi* »⁸⁷⁵, ou encore une mauvaise anticipation des reclassements tout simplement.

L'étude de la précarité dans la fonction publique territoriale permet de mettre différents éléments en lumière. Tout d'abord, une précarité existe et concerne principalement les agents non titulaires. L'instabilité découlant du contrat entraîne une forte vulnérabilité des agents, qui conjuguée avec d'autres facteurs aggravants, comme le temps de travail, peut conduire certains agents à témoigner d'une très forte précarité. Toutefois, bien loin des préjugés, l'étude démontre également que les agents titulaires ne sont pas exemptés et se retrouvent eux aussi dans une position instable. Pour les agents titulaires, comme non titulaires, la réduction du temps de travail s'avère constituer le principal facteur de précarisation. Un autre point apparaît important : la dualité opposant les agents contractuels aux fonctionnaires est vectrice de précarité, puisque l'instabilité des situations de certains agents titulaires à temps non complet s'explique par une absorption des besoins par les agents non titulaires. Enfin, le rapport enseigne que la précarité dans la fonction publique territoriale concerne majoritairement les femmes, ce qui justifie les efforts récents visant à rétablir une égalité « homme-femme », ainsi que certaines filières, technique, scolaire.

Le rapport datant de 2011, la réforme de 2005 et la reconnaissance du contrat à durée indéterminée étaient déjà mises en œuvre ; néanmoins, la généralisation effectuée par la loi Sauvadet n'était pas encore d'actualité. Les répercussions de la loi Sauvadet pourraient, peut-être, permettre d'établir un bilan plus optimiste.

⁸⁷⁵ CSFPT, Rapport sur la précarité dans la fonction publique territoriale, 16 mars 2011, p 72

2 - Une précarité alimentée a contrario par le contrat pérenne

198 – Le contrat pérenne, un antidote pour la précarité ?

Le versant territorial est « frappé » d'une certaine précarisation. Le contrat pérenne, est-il dès lors un antidote, un « *remède contre un mal* »⁸⁷⁶, efficace ? A la lecture de la définition commune de la précarité, le contrat à durée indéterminée apparaît effectivement comme un véritable antidote puisqu'il offre une garantie de durée, en l'absence de terme, donc une certaine stabilité. De plus, la remise en cause de la relation établie entre l'agent pérenne et l'administration s'avère plus difficilement révocable et doit suivre une procédure bien particulière. Néanmoins le rapport traitant de la précarité dans la fonction publique territoriale englobe également les agents contractuels à durée indéterminée parmi les agents non titulaires parfois précaires. Si le contrat pérenne apparaît, aux premiers abords, comme un véritable antidote, ce dernier produit néanmoins un « double effet ». Le contrat à durée indéterminée pérennise et sécurise la situation des agents contractuels autrefois à durée déterminée, mais dans un effet de balancier, il précarise d'un autre côté.

La précarité se caractérise par l'absence de « *d'une ou plusieurs sécurités* »⁸⁷⁷, comme celle de la durée. Bien évidemment, le contrat pérenne confère une garantie de durée, à long terme ou *a priori* sans expiration anticipée. Néanmoins, la garantie mérite certaines nuances, les personnes visées étant peu nombreuses face au nombre de précaires. Une autre caractéristique de la précarité est celle d'une absence de stabilité. Sur ce point, il peut y avoir une double réponse. L'absence de terme et la garantie de durée stabilisent nécessairement la situation de l'agent, toutefois, si on applique une fois de plus la notion de précarité à l'ensemble de la fonction publique et non pas seulement à l'agent contractuel individuellement, la stabilité consécutive au contrat pérenne peut-être lourdement nuancée. On stabilise la situation de l'agent, mais, en même temps, on renforce la dualité en termes de recrutement entre le statutaire et le contractuel, donc on alimente une certaine instabilité. Enfin, la dernière dimension de la précarité, c'est-à-dire l'absence de remise en cause, peut suivre le même traitement que les autres caractéristiques. Si le contrat à durée indéterminée suppose une absence de remise en cause, appliqué à la fonction publique, le contrat pérenne effectue bien une remise en cause de l'approche statutaire en insérant « l'archétype » d'un modèle opposé. Dès lors, le contrat pérenne est un antidote remédiant à la précarité de certains agents, mais

⁸⁷⁶ www.larousse.fr

⁸⁷⁷ CSFPT, Rapport sur la précarité dans la fonction publique territoriale, 16 mars 2011, p 8

regroupe paradoxalement tous les symptômes d'un vecteur de précarisation à l'échelle de l'ensemble de la fonction publique.

199 – Les retombées de la loi Sauvadet du 12 mars 2012

Afin de traiter de la précarité accentuée et alimentée par le contrat pérenne, il convient d'évaluer les retombées et les effets de la loi du 12 mars 2012⁸⁷⁸. Un rapport d'information fait au nom de la commission des lois et de la commission pour le contrôle de l'application des lois a été publié le 23 juillet 2014 par le Sénat⁸⁷⁹. Le rapport traite de la loi de 2012 et des « *premiers enseignements du quinzième plan de lutte contre la précarité dans la fonction publique* »⁸⁸⁰. Le rapport, avec les données recensées et les chiffres fournis peut ainsi donner diverses indications quant aux effets de la loi, principalement concernant la précarité qu'elle visait.

Concernant l'inventaire préalable des personnes CDIées, on remarque, tout d'abord, que de manière générale, les données sont extrêmement difficiles à recenser et une enquête globale et précise s'avère complexe. Concernant le plan de titularisation, la fonction publique d'État fournit un rapport satisfaisant : 38 000 à 39 000 agents éligibles, en conformité ainsi avec l'estimation donnée lors de l'accord du 31 mars 2011 qui était d'environ 40 000 agents. La fonction publique territoriale, quant à elle apporte des « *estimations peu favorables aux plus précaires* »⁸⁸¹. Une enquête globale s'avère plus complexe pour le versant territorial, et les estimations sont bien moindres que celles envisagées préalablement. Enfin, la fonction publique hospitalière se distingue, comme bien souvent, par une certaine spécificité et singularité : très peu d'établissements ont souhaité renseigner leurs données par peur d'une immixtion dans leur gestion, et ces derniers semblent axer le plan de titularisation sur des métiers bien identifiés.

Les données concernant la titularisation sont intéressantes puisqu'elles se rapprochent des constats que l'on peut également effectuer concernant la CDIation. La fonction publique d'État respecte de manière plus accrue que les deux autres versants la réforme de 2012. La fonction publique territoriale semble, quant à elle, avoir plus de difficultés : 19 000 agents

⁸⁷⁸ Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 13 mars 2012, n°0062

⁸⁷⁹ Sénat, GOURAULT (Jacqueline), KALTENBACH (Philippe), rapport d'information au nom de la commission des lois et de la commission du contrôle de l'application des lois, « *Les premiers enseignements du quinzième plan de lutte contre la précarité dans la fonction publique* », 23 juillet 2014, n°772

⁸⁸⁰ *Ibid.*

⁸⁸¹ *Ibid.*

pouvant être CDIisés. Concernant la fonction publique hospitalière, la CDIisation représenterait 8.5 % des agents contractuels à durée déterminée, et « *contrairement à l'automatisme prévue par la loi, la transformation de leur contrat n'aura pas été immédiate pour tous les non-titulaires* », car dans le versant hospitalier « *elle s'étalera jusqu'en 2015* »⁸⁸².

Le rapport relève également diverses conséquences liées à la CDIisation. Tout d'abord, « *la CDIisation a permis de sécuriser la situation des contractuels éligibles les plus fragiles, relevant le plus souvent de la catégorie C même si les deux autres, A et B, en comptent aussi* »⁸⁸³. Toutefois différentes difficultés ont été retranscrites aux rapporteurs. Le rapport relève ainsi des problématiques liées au calcul de l'ancienneté requise en cas de contrats successifs dénoncés, notamment, par de nombreux syndicats. De plus, les employeurs dénoncent également « *une grande complexité* »⁸⁸⁴. Comme relevé préalablement, les employeurs publics se voient contraints de développer une seconde gestion du personnel parallèlement à celle des fonctionnaires. Cette complexité, associée à une certaine rigidité serait ainsi rédhibitoire pour de nombreux employeurs publics, locaux par exemple. Cette dénonciation est « *unanime* »⁸⁸⁵ dans les trois versants de la fonction publique, l'association des DRH des grandes collectivités soulignant par exemple la création d'« *une seconde catégorie d'agents permanents qui ont vocation à un déroulement de carrière dans leur collectivité* »⁸⁸⁶. La Fédération nationale des centres de gestion (FNCDG) préconise ainsi la titularisation, qui bien qu'effrayante ou coûteuse, permet d'harmoniser les régimes de gestion du personnel.

Toutefois, malgré le constat d'une précarité partiellement résorbée et des résultats bien difficiles à collecter, le rapport émet une conclusion étonnante : pour les rapporteurs, le plan de titularisation engagé par la loi de 2012 ne doit pas se renouveler fréquemment. Le rapport indique qu'il est de la responsabilité de chaque employeur de recourir avec discernement au contrat. Mais, il ajoute : « *Soyons lucides. Le stock de contractuels, conjoncturellement résorbé par le plan de 2012, se reconstitue inéluctablement. Les non-titulaires sont indispensables au service public : besoins temporaires, vacances d'emplois, fonctions*

⁸⁸² Sénat, GOURAULT (Jacqueline), KALTENBACH (Philippe), rapport d'information au nom de la commission des lois et de la commission du contrôle de l'application des lois, « *Les premiers enseignements du quinzième plan de lutte contre la précarité dans la fonction publique* », 23 juillet 2014, n°772

⁸⁸³ *Ibid.*

⁸⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁸⁶ *Ibid.*

nouvelles »⁸⁸⁷. Enfin, le rapport précise qu'afin de lutter contre la fragilité des contrats, il convient d'ajuster au mieux la gestion des ressources humaines, et d'apporter une importance accrue à l'information des agents sur leurs droits dont l'avenir du CDI dépend. La conclusion apportée est ainsi très démonstrative : malgré certaines revendications, la titularisation ne semble pas apparaître comme la solution la plus sécurisante face à la précarité des agents non titulaires. Au contraire, une limitation des plans de titularisations est préconisée. Le contrat pérenne est quant à lui encouragé, mais sa reconnaissance et sa généralisation découlant de la loi de 2012 semblent ne pas être suivies d'une implication accrue des administrations dans sa mise en œuvre. Enfin, la sémantique employée est elle aussi très révélatrice : on parle désormais de « stock de contractuels », qu'il convient de gérer telle des marchandises à écouler. Cette vision consumériste pourrait être justement à l'origine de la précarité rampante que l'on prétend tenter de contenir.

B - Une fonction publique de demain au cœur des possibles

La démonstration d'une fonction publique duale, « gestionnarisée », dont les effets se caractérisent par l'émergence d'une certaine précarité ne peut que conduire à se demander quelle sera la fonction publique de demain. Tous les cas de figure sont envisageables : peut-être que les réformes mises en œuvre ne visent pas réellement l'objectif pourtant affiché, et qu'il s'agirait davantage d'une intégration graduelle, suivant la méthode française « du pas à pas » vers un système d'emploi amenant à une privatisation progressive (1). Ou, au contraire, les réformes et leur inaptitude à contenir une précarité dont l'urgence apparaît pourtant évidente, pourraient amener à une réaffirmation avec force du modèle statutaire (2).

1 - Vers une privatisation de la fonction publique ?

200 – La privatisation de la fonction publique

Parmi les possibilités envisagées, la privatisation de la fonction publique occupe une place de choix dans le débat public. En effet, le recours répété au contrat, comme la reconnaissance du contrat pérenne, apparaissent comme des indicateurs forts d'une volonté progressive d'insérer un système d'emploi dans la fonction publique. La privatisation semble dès lors l'objectif poursuivi pas à pas, réforme par réforme. Il convient ainsi dans un premier temps de définir la privatisation. Cette dernière présente la définition commune suivante : « *Action de transférer*

⁸⁸⁷ Sénat, GOURAULT (Jacqueline), KALTENBACH (Philippe), rapport d'information au nom de la commission des lois et de la commission du contrôle de l'application des lois, « *Les premiers enseignements du quinzième plan de lutte contre la précarité dans la fonction publique* », 23 juillet 2014, n°772

au secteur privé une activité, une entreprise qui appartenait au secteur public »⁸⁸⁸. Autrement dit, la privatisation de la fonction publique serait caractérisée par le fait de transférer certaines activités au secteur privé, appartenant bien évidemment auparavant au secteur public. Il est question de « certaines » activités, car bien que cette possibilité soit envisagée et envisageable, nul ne présente une fonction publique entièrement privatisée. Autrement dit, aucune fonction publique ne peut démontrer une faveur exclusive envers un modèle. Cela s'avère impossible et déraisonnable, les fonctions régaliennes de l'État nécessitant un traitement particulier pour exister. Le terme « régalien » désigne les « *fonctions politiques et administratives qui dépendent directement de l'État ou de son représentant suprême (police, défense...)* »⁸⁸⁹. On ne pourrait ainsi envisager de privatiser les fonctions politiques et administratives dépendant de l'État comme la police, la défense ou encore la justice. Il s'agit dès lors, lorsqu'on traite de la privatisation de la fonction publique, d'une privatisation partielle.

La question de la privatisation est ainsi traitée dans les différents rapports sur la fonction publique. Dans le livre blanc rendu par Jean Ludovic Silicani⁸⁹⁰, il est opéré tout d'abord une distinction entre les services publics accomplissant des missions de puissance publique trouvant des fondements constitutionnels, et ceux ne retrouvant aucune disposition dans la Constitution⁸⁹¹. Toutefois la conclusion apportée pourrait paraître étonnante, ou du moins une première nuance est relevée. Pour Jean-Ludovic Silicani, les services précités ne peuvent pas ainsi faire l'objet d'une privatisation ; toutefois, cela « *n'exclut ni que celles de leurs activités qui ne correspondent pas à leur cœur de métier (construction d'infrastructure, maintenance, gestion de matériel, etc...) puissent être déléguées à un prestataire privé, ni qu'ils soient assurés, outre les collectivités publiques, par des organismes privés* »⁸⁹². Enfin, le livre blanc termine sa distinction avec la troisième catégorie de service public administratif ne bénéficiant d'aucune disposition de la Constitution et ne délivrant pas de prestations dans les secteurs présentés auparavant. On comprend ainsi dès la présentation et la proposition de distinction opérée dans le livre blanc que les propositions présentées ne seront pas hostiles à la privatisation. Si cette dernière s'avère impossible ou inenvisageable concernant les services publics investis de missions de souveraineté et de puissance publique, elle ne doit pas être écartée pour les autres services. Pour J.-L. Silicani, les entreprises publiques n'exerçant pas de

⁸⁸⁸ www.larousse.fr

⁸⁸⁹ *Ibid.*

⁸⁹⁰ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008

⁸⁹¹ *Ibid.*, p 113-114

⁸⁹² *Ibid.*, p 113-114

missions de service public n'ont *a priori* pas vocation à demeurer publiques. Toutefois, malgré des efforts et une vague de privatisation dans les années 1980, certaines entreprises publiques relèvent encore du secteur public. Ainsi, il convient de poursuivre l'évolution et les privatisations de ces entreprises. Bien loin d'être perturbé par la question de la privatisation, le rapport Silicani propose ainsi de la poursuivre, en suivant un modèle dual opposant les agents investis de missions de souveraineté et les services publics accomplissant ces mêmes missions, à ceux ne relevant pas de cette même catégorie et ne disposant d'aucune disposition constitutionnelle⁸⁹³. Les autres rapports évoquent brièvement la privatisation, comme le rapport rendu par Bernard Pêcheur en 2013 qui évoque de façon plutôt laconique la privatisation sous le prisme de l'exemple italien : « *L'exemple de l'Italie, où une réforme de privatisation de la fonction publique a été conduite à partir de 1993 et où seuls 5% des emplois demeurent, en principe, régis par des rapports de droit public, ne suffit pas, loin s'en faut, à convaincre du bien-fondé d'une rupture* »⁸⁹⁴. Ainsi, puisque l'Italie a procédé à une privatisation « massive », il convient d'étudier à nouveau l'exemple.

201 – L'exemple italien

Le cas italien s'avère constituer un exemple extrêmement intéressant et très révélateur, pour diverses raisons⁸⁹⁵. Depuis les années 1990, l'Italie a réformé entièrement sa fonction publique en engageant une « privatisation massive ». Les effets espérés étaient divers : il s'agissait de « *marginaliser* » le droit public en enlevant aux administrations publiques les tâches qui lui étaient réservées auparavant, mais également de « *remplacer les systèmes traditionnels du secteur public des pouvoirs publics par une régulation confiée à des organismes privés* »⁸⁹⁶. Les services publics ne devant plus être assurés par une personne publique mais par une personne privée investie de responsabilités spéciales.

Différents fondements pouvaient être identifiés à l'origine des transformations opérées. Tout d'abord, la première cause repose sur l'idée traditionnelle d'une association au droit public d'un certain autoritarisme. Il s'agissait également de répondre à une idéologie plaçant désormais le consommateur au-dessus du citoyen : « *la notion de consommateur est devenue la pierre angulaire du processus qui a mené à la privatisation et à la libéralisation des domaines d'activités économiques faisant traditionnellement l'objet d'un régime de monopole*

⁸⁹³ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 27

⁸⁹⁴ PECHEUR (Bernard), *Rapport sur l'avenir de la fonction publique*, Bibliothèque des rapports publics, La documentation française, 2013, p 68

⁸⁹⁵ IANELLO (Carlo), « L' "idée" de service public et les paradoxes du processus de privatisation en Italie », in : AJDA, 2012, p 2150

⁸⁹⁶ *Ibid.*

en faveur de l'État »⁸⁹⁷. Enfin, la privatisation trouve ses origines dans une perception économiste et individualiste, fondant un nouveau jumelage, « l'entreprise et le client », plus éloigné du traditionnel « administration et citoyen ».

Toutefois, la privatisation a engendré des problématiques nouvelles et de véritables paradoxes : elle n'a pas produit les effets escomptés, les résultats démontrant une certaine incohérence découlant principalement de la mise à mal de la notion de service public qui trouve « *sa justification dans la nécessité de satisfaire les besoins de l'ensemble de la collectivité, besoins à caractère social, et non pas dans la simple satisfaction des intérêts individuels* »⁸⁹⁸. De même, d'autres objectifs n'ont pas trouvé l'écho attendu, notamment la fusion du citoyen au client s'est avérée impossible. Enfin, la privatisation a même produit des effets contraires, puisqu'elle n'a pas permis de développer le droit privé, au contraire « *la force d'expansion* » de ce dernier s'est même « *endiguée* »⁸⁹⁹. De manière totalement paradoxale, l'ouverture de la concurrence dans des sphères auparavant monopolistiques a conduit à une régulation renforcée. Ainsi, de nouvelles autorités publiques ont été créées afin de réguler les nouveaux marchés : « *on assiste à une expansion inattendue du droit public et de la sphère publique qui a même contribué à miner les principes qui avaient été posés au préalable* »⁹⁰⁰. La conclusion s'avère ainsi marquée d'un fort paradoxe. La privatisation semblait nécessairement entraîner une marginalisation du droit public, comme de ses conceptions traditionnelles telle la notion de service public. Or le désordre semble avoir au contraire renforcé le droit public : la notion de service public apparaît, de « *façon inattendue* »⁹⁰¹, « *précieuse* »⁹⁰² quant à la construction d'un nouveau droit public. La doctrine entrevoit ainsi une consécration des théories de Léon Duguit : « *Il est probable, à plus d'un siècle de distance, qu'il faut suivre l'intuition de Duguit : la reconstruction d'un nouveau droit public, tenant compte des exigences sociales, passe obligatoirement par la revitalisation de l'idée et de la notion de service public* »⁹⁰³.

L'exemple italien est ainsi précieux lorsqu'on l'appose aux changements et « indicateurs » français. On retrouve à l'origine de la privatisation, des souhaits et constats similaires. Parmi les convergences manifestes, on retrouve également une individualisation forte, une volonté d'intégrer une approche plus consensuelle, loin d'un autoritarisme public décrié. On relève

⁸⁹⁷ IANELLO (Carlo), « L'« idée » de service public et les paradoxes du processus de privatisation en Italie », *loc. cit.*

⁸⁹⁸ *Ibid.*

⁸⁹⁹ *Ibid.*

⁹⁰⁰ *Ibid.*

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² *Ibid.*

⁹⁰³ *Ibid.*

également des similitudes implicites, moins affirmées mais présentes dans les deux modèles. Par exemple l'effet de vase communicant continu entre le droit public et le droit privé : en Italie, on constate des effets similaires à ceux relevés dans le modèle français, une privatisation⁹⁰⁴ de la fonction publique accompagnée d'une publicisation du droit privé. Enfin, l'intégration d'une idéologie gestionnaire se traduit également par une sémantique bien singulière. Lorsque l'exemple italien met en lumière l'idée d'un nouveau jumelage « entreprise-client » prédominant, on ne peut que se rappeler les nombreuses expressions employées dans les rapports publics ou encore sous la plume des législateurs traitant « d'État employeur » ou « d'entreprise-État ». De même concernant l'inspiration consumériste inondant le droit italien, comment dès lors ne pas y entrevoir un écho français lorsque les sénateurs traitent eux-mêmes de « stock de contractuels » ? Toutefois la conclusion suivant le cas italien semble sans appel : les attentes n'ont pas été satisfaites, et le paradoxe s'est même renforcé. Mais ce qui est le plus étonnant, c'est l'effet contraire et la résurgence du droit public là où il apparaît le plus menacé. Si la marginalisation du droit public apparaissait nécessairement concomitante à la privatisation engagée, au contraire la notion de service public a été renforcée par son absence. Peut-être que les épreuves parcourant le droit de la fonction publique entraîneraient finalement une réaffirmation inattendue des principes le régissant.

2 – Vers une réaffirmation du particularisme français ?

202 – Une consécration de la logique statutaire envisageable

Une autre possibilité peut également être envisagée quant à la fonction publique de demain : une étonnante réaffirmation de la faveur accordée à une approche statutaire. Différentes raisons, traitées précédemment, peuvent alimenter cette possibilité. Tout d'abord, très simplement la réaffirmation de la logique statutaire pourrait être déduite du droit comparé. Lorsqu'on se penche sur l'exemple italien comme effectué précédemment, il apparaît évident que la privatisation n'a pas permis d'obtenir les résultats escomptés. Une certaine méconnaissance du secteur privé ou encore une vision quelque peu illusoire de ses mécanismes ont conduit à des effets bien contraires de ceux attendus.

Le secteur public est spécifique pour bien des raisons et les principes sur lesquels il repose trouvent de nombreuses justifications. Transposer les notions « entreprise-client » dans le

⁹⁰⁴ Il convient de comprendre un deuxième sens au terme « privatisation ». Dans son sens premier il désigne l' « *Action de transférer au secteur privé une activité, une entreprise qui appartenait au secteur public* », mais un autre emploi du terme peut être mis en œuvre afin de désigner l'installation progressive d'une logique privatiste dans le droit public.

secteur public s'est avéré plus complexe que prévu dans le système de fonction publique italien. Ainsi, un deuxième élément permettant d'envisager une réaffirmation de l'approche statutaire se retrouve également dans l'exemple italien : une résurgence systématique des principes statutaires. Le droit public, ses principes et ses notions comme celle de service public, se renforcent dans l'adversité. Envisager dès lors un effet similaire dans le système français ne paraît pas négligeable, la fonction publique française et italienne ayant des similitudes et des convergences. L'effet de vase communicant entre droit privé et droit public, avec en contrepartie le renforcement de la logique statutaire trouvent également sens en droit français. On constate également une certaine privatisation de la fonction publique et une publicisation, principalement en matière de contentieux, du droit du travail. La question de la résurgence des principes statutaires n'est également pas étrangère aujourd'hui au droit de la fonction publique française : on constate également une persistance du mécanisme statutaire, dans l'exécution du contrat de l'agent contractuel mais également dans le contenu même du contrat. Les convergences avec le droit italien et les problèmes soulevés font ainsi de solides échos justifiant la prudence. Ainsi, deux options peuvent être envisagées : soit on reproduit un schéma assez similaire à celui amorcé en droit italien de la fonction publique mais une réaffirmation des principes pourrait occuper tous les débats, soit on souhaite apprendre des difficultés de nos voisins et on ne reproduit pas les mêmes erreurs en renforçant la logique statutaire qui semble fatalement survenir lorsqu'on pense l'avoir contenue.

D'autres éléments peuvent être apportés afin d'étayer une thèse du renforcement du particularisme de la fonction publique. Tout d'abord, une première question s'impose : la France, désignant très largement ses citoyens, ses agents ou encore ses gouvernants, est-elle prête à un changement significatif, tel qu'une privatisation de sa fonction publique ? Il semble que le schéma actuel, qui s'avère plus de l'ordre de « l'entre-deux », ne trouve déjà pas satisfaction pour tous. Nombreux sont ceux décrivant les contradictions actuelles de la fonction publique, ceux désireux de conserver et renforcer le modèle, et ceux souhaitant le réformer. Dans ce contexte, il ne paraît pas évident que des changements significatifs soient envisagés, du moins à court terme. La méthode employée souligne également la difficulté de réformer profondément la fonction publique. On se contente ainsi d'une méthode « douce », progressive et non affirmée, celle du « pas à pas », mais chaque échelon franchi amène vers une destination qui ne sera pas facile à dissimuler bien longtemps. Enfin, la dernière raison évoquée à l'appui de la thèse du renforcement du particularisme pourrait être la plus intéressante : la nécessaire résorption de la précarité dans la fonction publique. Mettre fin aux

contradictions passe nécessairement par une réaffirmation de la faveur statutaire. Toutefois encore faut-il que la résorption de la précarité soit le réel objectif et la véritable volonté poursuivie.

Titre 2 : L'indispensable résorption de la précarité dans la fonction publique

Divers éléments peuvent être tirés des précédents développements. Tout d'abord, la pérennisation du contrat annoncée comme le « remède », dont la raison d'être est justifiée par une nécessaire contention de la précarité, n'est pas parvenue à remplir les objectifs fixés. La précarité dans la fonction publique n'est pas contenue par l'introduction du contrat à durée indéterminée. Le contrat pérenne constitue la suite logique d'une fonction publique dont la dualité et le souhait de « gestionnarisation » s'accroissent peu à peu. La fonction publique est « écartelée », partagée entre deux logiques opposées bien que complémentaires. Le contrat pérenne apparaît comme la manifestation d'une contractualisation atteinte à son quasi paroxysme, comme la démonstration d'une frontière de plus en plus friable entre droit privé et droit public. Tous ces effets paradoxaux mènent ainsi à la conclusion suivante : le contrat pérenne n'est pas une réponse adaptée à la nécessaire résorption de la précarité dans la fonction publique. Ainsi, des changements nécessaires doivent être envisagés afin de résorber la précarité croissante dans la fonction publique (Chapitre 1), et différentes initiatives pourraient être mises en œuvre afin de protéger les agents non titulaires. Si la précarité est dans un premier temps analysée comme un mal touchant principalement les agents non titulaires, il a été démontré que cette dernière concerne également les agents titulaires. Comme cela a été traité à diverses reprises, le double effet paradoxal du contrat pérenne révèle une fonction publique malmenée par une utilisation contractuelle déployée, accentuant la dualité et la précarité. Ainsi, la réaffirmation de l'attachement à l'approche statutaire s'avère la méthode la plus probante si le souhait est réellement de sécuriser la fonction publique (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les initiatives protectrices nécessaires à l'agent non-titulaire

Un des premiers agents touchés par la précarité est sans nul doute l'agent non titulaire. Le contrat pérenne n'ayant pas apporté les résultats escomptés en termes de sécurisation, il convient de rechercher d'autres moyens ou modifications afin de sécuriser les agents précaires. Une des difficultés essentielles réside dans la dispersion de la notion même d'agent non titulaire. Derrière l'intitulé simpliste, puisqu'il repose sur une définition négative, se

retrouvent des situations et des règles extrêmement variées. L'une des premières initiatives apparaît ainsi clairement : il convient de recadrer la notion d'agent non titulaire (Section 1), comme le statut de ces derniers (Section 2).

Section 1 : Un recadrage indispensable à la résorption de la précarité

Le recadrage de la notion et du régime des agents non titulaires semble essentiel si l'on tend vers plus de stabilité et de sécurité pour ces derniers. Cette redéfinition pourra s'opérer de deux façons : d'une part, il conviendra d'opérer une sécurisation par le recadrage de la notion même d'agent non titulaire (1§) ; d'autre part, par des mécanismes dissuasifs (2§). L'hétérogénéité étant une source de précarité, il convient de recentrer la notion. Toutefois, la sécurisation doit également s'accompagner de sanctions dont la principale vertu est la dissuasion. Or heurté aux principes statutaires, certains moyens dissuasifs ne sont pas employés systématiquement comme la requalification-sanction par exemple. Mais, la dissuasion passe en amont par de la prévention et de nombreux moyens peuvent être mis en œuvre afin d'éviter les comportements abusifs déstabilisant les agents non titulaires.

1 § Une sécurisation de l'agent non titulaire par un encadrement redéfini

Le recadrage protecteur de l'agent non titulaire s'effectue par deux actions : une redéfinition et une restriction de la notion d'agent contractuel (A), ainsi qu'un recadrage quant aux mécanismes de recrutement employés (B). En effet, il convient de redessiner les contours de l'agent non titulaire afin de l'identifier. Devenue une notion « générique », travailler sur la définition de l'agent non titulaire s'avère impératif. La sécurisation trouve également un opposant solide : la dispersion. A l'image du droit du travail, les contrats se sont multipliés en fonction des besoins ; or si une large palette trouve bien des avantages, elle ne revêt pas celui de la clarté et d'un cadre sécurisant. Il faut dès lors réfléchir à une offre contractuelle redéployée.

A – Une restriction de la notion d'agent non titulaire

Comme cela a été mentionné à diverses reprises, la notion d'agent non titulaire est hétéroclite et dispersée. Il convient donc de recentrer la notion en se demandant qui est désigné dans la catégorie d'agents non titulaires, en déterminant les problématiques découlant d'une notion éparpillée et enfin en étudiant les moyens mis à disposition afin de recentrer la notion (1). Si le constat d'un nécessaire recadrage de la notion est sans appel si l'on souhaite sécuriser davantage les agents précaires de la fonction publique, la sémantique peut également apporter

divers éclairages (2). Les termes employés, les définitions négatives accolées aux agents non titulaires, démontrent une réalité bien plus complexe. Pourtant, toute qualification passe nécessairement par une sémantique adaptée.

1 – Un nécessaire recadrage de la notion d'agent non titulaire

203 – La qualification d'agent non titulaire

Afin de mesurer l'ambiguïté et l'éclatement de la notion d'agent non titulaire, il convient dès lors d'en réexaminer la qualification. *A priori*, la définition est simple : comme cela a été exposé, il s'agit d'une définition négative, reposant sur ce que l'agent n'est pas, autrement dit un agent titulaire placé dans une position légale et réglementaire. Ainsi, tous les agents n'étant pas des fonctionnaires sont des agents non titulaires. Toutefois, des incohérences et des difficultés demeurent, puisque le caractère générique de la définition ne fait pas état de la diversité et de l'étonnante hétérogénéité des agents composant la catégorie. Afin de rattacher un agent dans la catégorie « non titulaire », deux critères sont demandés : un critère organique et un critère matériel. Le critère organique réside dans l'attachement à une personne publique, et le critère matériel est constitué par l'emploi d'un agent pour le compte d'un service public administratif. Le critère organique apparaît comme fondamental, puisqu'en l'absence d'un lien avec une personne publique, le caractère privé l'emporte et les règles du code du travail doivent s'appliquer : « *L'élément matériel est impuissant à pallier l'absence d'élément organique de droit public* »⁹⁰⁵. Toutefois, l'arrêt *Berkani*⁹⁰⁶ a changé considérablement les choses : désormais, le critère matériel est devenu un critère unique, dont la particularité est toutefois d'être « *un critère organique complexe* ». L'arrêt *Lamblin* du 22 octobre 2004⁹⁰⁷ modifia à nouveau les critères en permettant à l'employeur de proposer aux salariés soit la reprise de leurs contrats de droit privé, soit la soumission à un contrat de droit public, en conservant toutefois les clauses substantielles de l'ancien contrat. La qualification pose ainsi de nombreuses difficultés. On retrouve les traditionnels critères organique et matériel. Néanmoins, la jurisprudence peine à énoncer des critères stables, puisqu'elle se heurte à des situations extrêmement diverses : l'agent non titulaire est-il reconnu comme tel dès lors qu'il agit pour le compte d'une personne publique ou le seul fait d'exercer pour le compte d'un

⁹⁰⁵ GLENARD (Guillaume), « La notion d'agent public : entre vie et trépas », in : *Droit Administratif*, Août 2005, n°8, étude 14

⁹⁰⁶ TC, 25 mars 1996, *préfet de la Région Rhône-Alpes*, dit « *Berkani* », n° 03000, R. : 535, concl. Martin ; *AJDA* : 1996, p 354, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *RFDA* : 1996, p 819, concl. ; *JCP* : 1996. II. 22664, note Moudoudou ; *D.* : 1996, p 598, note Saint-Jours

⁹⁰⁷ CE, du 22 octobre 2004, *Lamblin*, n° 245154, *Recueil Lebon* p 382 ; *AJDA* : 2004, p 2153, Chron. C. Landais, F. Lenica ; *AJDA* : 2004, p 2241, note M.C. De Montecler ; *RFDA* : 2005, p 187, concl. E. Glaser ; *RFDA* : 2005, p 1205, note G. Clamour ; *AJFP* : 2005, p 20 ; *RTD com.* : 2005, p 269, note G. Orsini ; *RTD eur.* : 2005, p 839, chron. D. Ritleng

service public administratif lui permet-il la qualification de non titulaire ? La question est bien plus complexe qu'elle n'y paraît. De nombreuses difficultés se posent comme l'exprime Emmanuelle Marc : « *Non que les règles de droit, maintes fois amendées, donnent lieu à de notables difficultés d'interprétation, mais le système auquel elles contribuent à donner vie reste encore rétif, nous semble-t-il, à toute qualification certaine et à toute réelle prédiction* »⁹⁰⁸. La qualification n'est pas certaine, elle est changeante, puisque derrière la définition *a priori* simple de l'agent non titulaire se cachent de nombreux agents singuliers, rendant les critères de distinction multiples, imprécis et instables. L'exemple des vacataires permet d'illustrer le propos.

204 – La qualification d'agent vacataire

Les vacataires sont bien souvent énumérés et comptés parmi les agents non titulaires. En effet, ces derniers travaillent dans la fonction publique sans être titulaires. Ainsi, de ce seul fait ils entrent dans la catégorie générique d'agents non titulaires : « *la notion de vacataire est une notion empirique étroitement liée aux circonstances de l'espèce et que la qualification relève davantage du bon sens et de l'intuition que de critères juridiques finement ciselés* »⁹⁰⁹. Néanmoins, le bon sens ne suffit pas à combler les manques flagrants de textes et de cadres concernant l'agent vacataire, dont les hésitations et paradoxes s'accumulent. En effet, la situation de l'agent vacataire se caractérise par une absence criante de textes et de définition, plaçant ainsi ce dernier dans une grande précarité. L'absence de texte écarte l'agent vacataire des droits reconnus à l'agent non titulaire en vertu du statut général et du décret du 15 février 1988⁹¹⁰. Toutefois, l'article 1^{er} du décret de 1988 laisse une « ouverture » avec la disposition suivante lorsque cette dernière est entendue *a contrario* : « *Les dispositions du présent décret ne sont toutefois pas applicables aux agents engagés pour un acte déterminé* »⁹¹¹. Ainsi, si les agents vacataires n'ont aucun texte les encadrant, leur justification se retrouve toutefois dans les ouvertures et exceptions laissées intentionnellement dans les textes applicables aux agents non titulaires.

Au vu de la situation relativement floue et instable des agents vacataires, la jurisprudence opère ainsi un travail conséquent, se fondant sur un faisceau d'indices afin de qualifier l'agent

⁹⁰⁸ MARC (Emmanuelle), « Le statut à trente ans, vive le contractualisme... », *loc. cit.*

⁹⁰⁹ JEAN-PIERRE (Didier), « Comment distinguer le vrai du faux ?.- A propos des vacataires de la fonction publique territoriale », In : *La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°45, 10 novembre 2014, 2315

⁹¹⁰ Décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale, *JORF* : 16 février 1988, p 2176

⁹¹¹ JEAN-PIERRE (Didier), « Comment distinguer le vrai du faux ?.- A propos des vacataires de la fonction publique territoriale », *loc. cit.*

de vacataire. Parmi ces indices, on retrouve l'engagement pour une mission ponctuelle ou un acte déterminé⁹¹², le recours à l'agent de manière discontinue⁹¹³ et le caractère accessoire de l'activité professionnelle⁹¹⁴. Toutefois, on retrouve de nombreuses vacations détournées ou cachées, dont la continuité et la régularité empêchent la qualification de vacation, conduisant ainsi le juge à requalifier l'agent vacataire en agent contractuel à durée déterminée.

205 – Un nécessaire recadrage

La qualification de l'agent non titulaire a été reprise pour démontrer les difficultés découlant de la notion d'agent non titulaire, dont la simple définition s'avère plus ardue que ce qu'elle n'y paraissait. La définition négative souvent adoptée, alliée à une qualification découlant d'un procédé relativement traditionnel, se heurte à la réalité diverse et hétérogène de la classification dont les lignes sont floues et inconstantes. La logique binaire juridique, « *tous les biens sont meubles ou immeubles* »⁹¹⁵ se retrouve : « tout agent qui n'est pas titulaire est non titulaire ». Mais elle démontre ses défaillances. On regroupe dans une même catégorie des situations que l'on peine à assembler, qui n'ont qu'un seul point commun : ne pas englober les fonctionnaires. Or, suivant cette classification, on retrouve des agents contractuels, en CDD ou CDI, des agents vacataires, des stagiaires, des auxiliaires, des agents de droit public et des agents de droit privé. L'exemple du vacataire est édifiant. Englober presque intuitivement dans la catégorie d'agent non titulaire, le vacataire ne bénéficie pourtant d'aucun support textuel, seulement d'une permission découlant d'une lecture *a contrario* des textes prévus pour les agents non titulaires. La précarité est de ce fait alimentée par l'instabilité et le silence, autorisant des abus et des approximations qui accroissent le contentieux.

Un recadrage s'avère ainsi primordial si la volonté est de résorber la précarité. Il peut s'opérer par le biais de quatre actions : une nouvelle classification adaptée ; une offre contractuelle revisitée dont la question de l'abondance peut être réévaluée ; des sanctions dissuasives s'accompagnant d'une politique préventive ; enfin un statut clair, stable et étoffé afin de répondre aux silences textuels.

⁹¹² CE, 26 mars 2003, *Syndicat national CGT INSEE*, n° 230011, *Recueil Lebon* p 149; *AJDA* : 2003, p 1115, concl. G. Le Chatelier ; *AJFP* : 2003, p 52, note J. Mekhantar

⁹¹³ CAA Paris, 7 mars 2006, *Département des Hauts de Seine*, n° 02PA00425, *AJFP* : 2009, p 146

⁹¹⁴ CAA Paris, 7 novembre 2011, *Valérie A.*, n° 09PA03445, *Recueil Lebon*

⁹¹⁵ Code civil, art. 516

206 – Étude terminologique

Afin d'étudier la classification opérée et d'en dégager une plus opportune, il convient, dans un premier temps, d'étudier les termes employés, leur définition et leur étymologie. Tout d'abord, « agent titulaire » renvoie au mot « agent », qui provient du latin « *agens* » signifiant « *qui agit pour* », « *qui est une force agissante, un principe d'action* »⁹¹⁶. Le « titulaire », désigne celui « *qui a le titre* », du latin « *titulus* »⁹¹⁷. Autrement dit, l'agent titulaire est la personne qui agit pour l'État, possédant un titre pour exercer son action. A *contrario*, l'agent non titulaire est celui qui agit pour l'État, sans bénéficiaire de titre. Certains silences apparaissent ainsi à la lecture des mots. D'une part, on ne sait pas qui est l'agent non titulaire. L'agent titulaire possède un titre et agit pour l'État ; l'agent non titulaire quant à lui, n'est défini que par ce qu'il n'est pas. On ne sait donc pas pour autant qui est désigné. D'autre part, on pourrait entrevoir dès la lecture des termes une certaine opposition, un certain rapport de supériorité du titulaire sur le non titulaire. Toutefois, cette volonté de différencier en démontrant la primauté du titulaire trouve aussi justification : il est le principe alors que le non titulaire est une exception. Pourtant, on pourrait nommer de manière plus distincte l'agent appelé « non titulaire », car si ce dernier ne dispose pas d'un titre pour agir au nom de l'État, il possède néanmoins une autre « habilitation », un autre support qui sera bien souvent contractuel.

Dès lors, l'agent contractuel doit être défini à son tour. Le terme « contrat » découle du latin et signifie : « *prendre engagement* », « *pacte, transaction* »⁹¹⁸. Dérivé de « *contractus* » le terme contractuel est employé en 1596 afin de désigner ce qui est « *établi, réglé par contrat* »⁹¹⁹, et sera utilisé dès 1953 pour désigner les agents publics non fonctionnaires. Autrement dit, l'agent contractuel est celui qui agit pour l'État en vertu d'un engagement établi par contrat.

On retrouve toutefois d'autres agents non titulaires. Il convient d'étudier dans un premier temps le mot « vacataire ». Emprunté au latin « *vacatio* »⁹²⁰, signifiant « *exemption, dispense* », il est dans un premier temps employé afin de désigner « *une dispense de charges* »

⁹¹⁶ GAFFIOT (Félix), *Le Gaffiot dictionnaire latin-français de poche, op. cit.*, p 84 ; www.cnrtl.fr

⁹¹⁷ *Ibid.*, p 1579

⁹¹⁸ *Ibid.*, p 420

⁹¹⁹ www.cnrtl.fr

⁹²⁰ GAFFIOT (Félix), *Le Gaffiot dictionnaire latin-français de poche, op.cit.*, p 1641

publiques » en 1355, et devint en 1460 « *une charge sans titulaire* »⁹²¹. Le terme de vacation est ainsi employé afin de caractériser le caractère discontinu, temporaire ou déterminé, de l'action exercé par l'agent. Mais surtout, il caractérise l'emploi occupé, puisqu'il découle également du latin « *vacare* » : « *être libre, inoccupé* »⁹²². Il s'agit d'une mission en attente d'agent, d'un acte déterminé non voué à durer. On retrouve donc bien, à travers l'étymologie, les caractéristiques de l'agent vacataire : une personne à laquelle l'administration fait appel pour exécuter une tâche précise et très limitée dans le temps.

Dans un second temps, un autre agent non titulaire sera étudié : le stagiaire. Le stage, désigne dès 1783 la « *période transitoire de formation et de probation en vue de l'exercice d'une fonction* »⁹²³. Emprunté au latin « *stagium* » il désigne une « *résidence, une demeure* »⁹²⁴. Ainsi « *stagium facere* » signifie : « *habiter le lieu auquel est rattaché un bénéfice* »⁹²⁵. On retrouve ainsi les caractéristiques de l'agent stagiaire, qui durant une période transitoire et probatoire, exerce dans l'administration et habite le lieu auquel est rattaché son titre. C'est bien l'attente de titre, le lien fort unissant le stagiaire à son administration, qui ressortent afin de déterminer cette situation intermédiaire.

Enfin, ce même caractère intermédiaire se retrouve chez l'auxiliaire. Le terme trouve encore une fois des origines latines : « *auxiliaris* », signifiant « *qui secourt* »⁹²⁶. L'origine du terme fait ainsi écho à l'utilisation même des auxiliaires dans la fonction publique qui ont été employés, initialement temporairement, afin de combler des besoins que ne pouvaient assurer les fonctionnaires. Le « *secours* » retrouvé dans les racines du mot auxiliaire met bien en avant l'urgence quant à l'emploi de ces agents auxiliaire à un moment donné. Mais également, un caractère hybride est démontré : ce sont en quelque sorte des « *fonctionnaires bis* », qui ne dispose pas de titre. Ils étaient employés dans l'urgence, afin d'exercer les fonctions *a priori* rattachées aux fonctionnaires. Le caractère hybride se retrouve encore aujourd'hui : les auxiliaires sont des agents non titulaires mais ils bénéficient d'un statut proche de celui des fonctionnaires alimentant confusions et questionnements.

⁹²¹ www.cnrtl.fr

⁹²² *Ibid.*

⁹²³ *Ibid.*

⁹²⁴ *Ibid.*

⁹²⁵ *Ibid.*

⁹²⁶ GAFFIOT (Félix), *Le Gaffiot dictionnaire latin-français de poche, op.cit.*, p 197

L'étude terminologique par le biais de la recherche étymologique des termes employés a permis de constater que l'utilisation et l'emploi du terme « *agent non titulaire* » ne semblent pas satisfaisants, puisqu'il s'agit, comme cela a déjà été indiqué au préalable, d'une définition négative. Nul ne sait qui est l'agent non titulaire : on sait seulement qu'il ne possède pas de titre. Toutefois, lorsqu'on étudie les agents composant la catégorie d'agent « sans titre », on relève plusieurs points convergents.

Tout d'abord, si « l'agent non titulaire » ne définit pas de façon efficiente l'agent visé, l'emploi du terme « agent contractuel » semble plus convaincant. Si l'agent contractuel ne dispose pas d'un titre comme le fonctionnaire lui donnant qualité à agir pour le compte de l'État, l'agent en question possède néanmoins un engagement contractuel lui permettant d'agir. Rentrent ainsi dans cette catégorie d'agents contractuels : les agents à durée déterminée, à durée indéterminée, voire les agents contractuels « vacataires », puisque ces derniers, bien qu'employés pour une mission ou un acte déterminé, disposent d'un support contractuel.

Toutefois, tous les « agents non titulaires » n'entrent pas dans la catégorie d'agent contractuel. La recherche étymologique a toutefois démontré certains points de convergence entre les agents stagiaires et auxiliaires. Ces derniers apparaissent comme des « agents intermédiaires », en attente de titularisation ou ayant un statut extrêmement proche de celui des fonctionnaires.

Ainsi, les exceptions au principe du fonctionnariat devraient se scinder en deux catégories : les agents contractuels et les agents intermédiaires. Autrement dit, dans la fonction publique il y aurait des agents titulaires, les fonctionnaires, qui occupent des emplois permanents. Il y aurait également des agents contractuels de droit privé (contrat d'accompagnement, travail temporaire...), et des agents contractuels de droit public. Enfin, une troisième catégorie serait distinguée : celle des agents intermédiaires (stagiaires, auxiliaires). Cette classification proposée peut revêtir divers avantages, mais aussi certaines difficultés. Tout d'abord, une des premières difficultés résiderait dans l'ajout même d'une troisième catégorie, celle des « agents intermédiaires ». Cela pourrait s'apparenter à une reconnaissance d'une nouvelle exception au titulariat. Bien que cette catégorie constitue initialement une des branches des agents non titulaires, proposer trois répartitions pourrait apparaître comme « menaçant » pour le principe. Également, se pose la question de la simplicité. Si le nombre des exceptions démontre une

certaine opacité alimentant la précarité, effectuer une nouvelle classification pourrait également ajouter un lot de distinctions nuisibles.

Toutefois, malgré ces difficultés qu'il ne faut pas négliger, cette classification proposée à le mérite de la clarté : il est mis fin à la catégorie « générique » d'agent non titulaire, en distinguant les agents contractuels des agents intermédiaires. Les termes précisés, conjugués avec une classification plus rigoureuse, permettent de recadrer la notion d'agent non titulaire, plus complexe qu'elle n'est présentée. Un recadrage plus efficace s'avère associé à une plus grande sécurité.

B- Une restriction par l'éviction de certains recrutements précaires

Une des principales problématiques alimentant la précarité des agents dits « non titulaires » réside dans l'abondance des recrutements précaires faisant exception au principe du fonctionnariat. La restriction des possibilités de recrutement passe nécessairement par une réévaluation, axée sur la question de la nécessité de tous les mécanismes de recrutement. Ainsi, afin de redéployer l'offre contractuelle et éviter les recrutements précaires, il convient de promouvoir deux éléments : d'une part, des mécanismes protecteurs (1) ; d'autre part, la titularisation (2).

1-La prévalence de mécanismes protecteurs afin d'évincer les recrutements précaires

208 – Une redéfinition de l'offre contractuelle au cœur d'un débat public

Ont été mis en lumière l'éclatement et l'hétérogénéité caractérisant l'agent dit « non titulaire », favorisant la précarisation. Deux effets précarisant peuvent être relevés : d'un côté, la dispersion de la notion ; d'un autre côté, le déploiement des exceptions menaçant le socle sur lequel la fonction publique repose, autrement dit le particularisme de l'approche statutaire. Ainsi, il s'avère nécessaire d'étudier la question de l'offre contractuelle et de proposer un redéploiement de cette dernière. Néanmoins, il ne faut pas envisager les modifications uniquement sous le prisme contractuel, mais de manière plus globale en s'attachant aux exceptions au principe. Comme cela est souvent le cas, les avantages s'accompagnent d'inconvénients et d'effets inverses que ceux recherchés. Ainsi, l'apparente opportunité représentée par le recours au contrat se démarque par une certaine dispersion lorsque l'offre est abondante.

Cette problématique occupe également le débat en droit du travail. L'actualité, comme cela se démontre avec les débats engagés concernant le projet de loi El Khomri en discussion, est

souvent alimentée de nombreux reproches et plaintes adressés au code du travail et au droit du travail en général. En effet, est reproché au code du travail un problème d'intelligibilité⁹²⁷. Or le code du travail doit en partie sa « lourdeur » aux différents contrats atypiques envisagés. On constate une véritable multiplicité de contrats atypiques, dits « précaires » apposés aux côtés du contrat de droit commun : le contrat à durée indéterminée. Puisque la contrepartie de la flexibilité demeure la sécurité, chaque dérogation au contrat de droit commun s'accompagne de dispositifs sécurisant. Pour certains, la multiplicité des contrats atypiques entraînent une complexification et une segmentation du marché du travail. En résultent dès lors des inégalités entraînant la disparition des protections attachées au contrat de droit commun, le contrat à durée indéterminée à temps plein.

Toutefois, ces problématiques ne sont pas des exceptions françaises, dès lors qu'on retrouve des discussions similaires dans d'autres pays européens concernant notamment ce qui est appelé les « minijobs » ou encore les contrats « zéro heure »⁹²⁸. Toutefois, si les propositions traitant d'un recadrage de l'offre contractuelle en droit du travail affluent également, certaines posent néanmoins des difficultés, comme l'illustre le contrat unique⁹²⁹. Ce dernier est une proposition émanant depuis de nombreuses années des économistes ou encore de certains partis politiques revenant très régulièrement dans le débat. La proposition principale consisterait à « fusionner » le contrat à durée déterminée et le contrat à durée indéterminée. Il n'y aurait dès lors que des contrats à durée indéterminée, mettant fin ainsi à « 38 formes de contrats de travail différents, 27 régimes dérogatoires et une dizaine d'organisations du temps de travail »⁹³⁰. Le contrat unique occupe encore aujourd'hui le débat et la sphère des propositions, puisque certains entendent même dans un discours du Président de la République François Hollande, une référence au contrat unique⁹³¹. Toutefois, bien évidemment l'idée d'un CDI unique s'accompagne également de certaines modifications importantes : principalement concernant le licenciement, le contrat unique pourrait être rompu à tout moment, sans motif (sauf discrimination), ni reclassement. Pour certains, si l'idée d'un contrat unique est séduisante, elle n'en reste pas moins problématique lorsque le projet s'accompagne de changements menaçant la protection du salarié, principalement en absence de droit du licenciement.

⁹²⁷ OCDE, « Etudes économique de l'OCDE, France », synthèse, mars 2015, P 2 : « *Le code du travail complexe, des procédures judiciaires trop longues et de nombreuses réglementations contraignent la flexibilité dans les secteurs privé et public et créent une dualité au détriment des populations les plus vulnérables, notamment les jeunes* ».

⁹²⁸ LESTRADE Brigitte, « Minijobs en Allemagne. Une forme de travail à temps partiel très répandue mais contestée », in : Revue française des affaires sociales, ed : La documentation française, 2013, n°4, 158 p.

⁹²⁹ LOKIEC (Pascal), « Le contrat de travail unique, une fausse bonne idée ! », in : Recueil Dalloz, 2014, p 2456

⁹³⁰ DUPAYS (Alain), in : *L'express*, 16 février 2006

⁹³¹ HOLLANDE (François), in : *Le parisien*, entretien coordonné par le service politique, 4 mars 2015

Ainsi une offre contractuelle déployée, avec de nombreuses alternatives au contrat de droit commun, entraîne des inégalités et accentue dès lors la précarité comme le démontre également le droit du travail. Toutefois, s'il convient de revoir l'intérêt de l'offre contractuelle et ses incohérences afin de recentrer cette dernière, il est important de prendre toutes les précautions nécessaires. Il convient dès lors, dans la recherche de sécurisation, de privilégier les recrutements protecteurs face à des recrutements précaires. Parmi les recrutements précaires, la vacation semble à nouveau un exemple remarquable d'instabilité.

209– La vacation

La première action à mettre en place lorsqu'il s'agit de recentrer l'offre contractuelle et ses possibilités, ou de manière plus globale les recrutements faisant exception au principe statutaire, apparaît simple : il convient dans un premier temps de remplacer par d'autres mécanismes les recrutements les plus précaires, lorsque ces derniers ne sont ni indispensables, ni raisonnables dans la poursuite d'une logique de contention de la précarité. Puisque la vacation apparaît comme un recrutement posant de nombreuses problématiques, il convient de s'intéresser à nouveau à l'agent vacataire.

Quel est l'intérêt de pratiquer de tels recrutements ? Bien que l'agent vacataire ne soit pas un agent contractuel, la question se pose tout de même puisqu'il pourrait être envisagé comme tel dans une nouvelle classification, ce qui mettrait notamment fin à l'insécurité caractérisée de la situation de l'agent vacataire, ni véritablement un agent non titulaire, ni un agent contractuel. Prenons l'exemple des vacations dans l'enseignement supérieur afin de déterminer et relever les avantages d'un recrutement par le biais de la vacation. On retrouve deux catégories d'intervenants temporaires dans l'enseignement supérieur : les chargés d'enseignement vacataires et les agents temporaires vacataires⁹³². Les chargés d'enseignement vacataires « *sont des personnalités choisies en raison de leur compétence dans les domaines scientifique, culturel ou professionnel, qui exercent, en dehors de leur activité de chargé d'enseignement, une activité professionnelle principale* »⁹³³, alors que les agents temporaires vacataires « *doivent être inscrits en vue de la préparation d'un diplôme du troisième cycle de l'enseignement supérieur* »⁹³⁴. Concernant le recrutement de l'agent vacataire, seul le Président de l'Université ou de l'établissement d'enseignement supérieur a le pouvoir de recruter ; l'agent devra remplir un dossier complet afin de justifier son activité principale, lui

⁹³² Décret n°87-889 du 29 octobre 1987 relatif aux conditions de recrutement et d'emploi de vacataires pour l'enseignement supérieur, *JORF* : 4 novembre 1987, p 12888

⁹³³ *Ibid.*, art. 2

⁹³⁴ *Ibid.*, art. 3

permettant le cumul de cette dernière avec les vacances. Toutefois, un contrat sera le plus souvent rédigé afin d'éclaircir et officialiser la situation entre l'agent vacataire et son employeur, bien que la convention ne soit pas une obligation : par suite, le caractère contractuel de la relation devient problématique. L'intérêt majeur du recrutement pour les établissements d'enseignement supérieur est avant tout économique : il permet de rémunérer une mission relativement courte sans s'acquitter des cotisations sociales correspondantes. La couverture sociale de l'agent vacataire est liée à son activité principale : elle sera donc envisagée par la situation même des agents pouvant être recrutés comme vacataires. Ainsi on retrouve plusieurs types de couverture sociale : étudiants, retraités, salariés, professions libérales... Autrement dit, les avantages économiques permettent à l'État de faire ce qu'il ne tolère pas des entreprises privées.

S'il s'agit de répondre à la question portant sur une vacation raisonnable, la réponse peut être la suivante : alors que les agents vacataires apparaissent opportuns, en vertu précisément d'une situation précaire, l'État ne peut se permettre de continuer ces recrutements précaires, presque abusifs, dès lors que cela est inenvisageable dans le secteur privé. Autrement dit, l'État doit se montrer exemplaire. La vacation n'apparaît donc pas comme raisonnable : elle est un moyen habile de contraindre *a minima* le recruteur, sans s'acquitter des charges sociales, tout en recrutant pour des missions courtes sans donner aucune contrepartie à l'agent vacataire (prise en compte de l'ancienneté, droit au chômage etc...).

Si l'objectif est de sécuriser et de contenir une précarité croissante, évincer la vacation s'avère ainsi raisonnable. Toutefois, la deuxième question posée est de savoir si la vacation est indispensable. La vacation permet de répondre à un besoin temporaire, de permettre l'exécution d'une mission ou d'un acte déterminé. Le code du travail prévoit que : « *Le recours au travail temporaire a pour objet la mise à disposition temporaire d'un salarié par une entreprise de travail temporaire au bénéfice d'un client utilisateur pour l'exécution d'une mission* »⁹³⁵. Depuis la loi du 3 août 2009, les administrations et les établissements publics peuvent recourir au service d'entreprises temporaires. On retrouve bien dans le travail temporaire l'idée d'une mission, déterminée et temporaire. Ainsi, le travail intérimaire apparaît comme un mécanisme permettant de répondre aux besoins auparavant accomplis par la vacation. L'insécurité de la vacation peut être remplacée par un mécanisme, certes originellement privatiste, comme le travail temporaire qui s'avère toutefois bien plus protecteur pour l'agent tout en permettant de répondre à des besoins similaires à ceux

⁹³⁵ Code du travail, article L1251-1

couverts par la vacance. Cette solution paraît plus coûteuse, mais ce serait peut-être le prix à payer pour tendre vers la simplification et la sécurisation de l'emploi public ainsi que vers le renforcement de l'exemplarité de l'État.

2 – La prévalence de la titularisation afin d'évincer les recrutements précaires

210 – L'auxiliariat, une catégorie spécifique

Parmi les recrutements spécifiques, justifiés par l'histoire mais que l'on pratique toujours, on retrouve « l'étonnant » maître auxiliaire. Inclassable, ce dernier a bien du mal à se faire une place dans la catégorie d'agent non titulaire et on a longtemps hésité quant à la qualification d'auxiliaire. A l'origine, on eut très vite recours aux auxiliaires, principalement dans l'éducation nationale afin de combler les besoins auxquels les agents titulaires ne pouvaient répondre. Toutefois, ce qui était initialement temporaire demeure : il existe encore des agents auxiliaires, entre « fonctionnaires bis » et agents non titulaires. S'il est prévu dans la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 des dérogations au fonctionnariat, nulle mention n'est faite des auxiliaires⁹³⁶. *A priori*, avec les grandes modifications et le travail d'unification entamé dans les années 1980, l'auxiliaire aurait tout simplement dû disparaître et devenir un agent contractuel, du moins un agent non titulaire comme cela est envisagé dans la loi de 1984. Mais l'auxiliariat persista et les rectorats continuèrent de recruter des maîtres auxiliaires en vertu du décret du 3 avril 1962 fixant les dispositions applicables aux maîtres auxiliaires des écoles normales primaires, des lycées classiques, modernes et techniques et des collèges d'enseignement technique et aux maîtres d'éducation physique relevant du haut-commissariat à la jeunesse et aux sports⁹³⁷, non abrogé. A la lecture des missions et fonctions attribuées au maître auxiliaire, il apparaît évident que ce dernier aurait dû soit faire l'objet d'une titularisation, soit être contractualisé. Le maître auxiliaire permet de répondre à la vacance d'emploi ou encore il permet d'assurer des remplacements de titulaires : autrement dit, il répond aux motifs justifiant le recrutement d'un agent contractuel. Dès lors, le recrutement par l'auxiliariat ne semble plus trouver de raison d'être.

⁹³⁶ MEKHANTAR (Joel), « un maître auxiliaire licencié avant terme à droit aux indemnités de licenciement »; Commentaires sous TA, Dijon, 14 janvier 1997, *Mlle Anne Del Gaudio c./ Recteur de l'Académie de Dijon* ; in : *AJFP*, 1997, n° 4, pp. 44-49.

⁹³⁷ Décret n° 62-379 du 3 avril 1962 fixant les dispositions applicables aux maîtres auxiliaires des écoles normales primaires, des lycées classiques, modernes et techniques et des collèges d'enseignement technique et aux maîtres d'éducation physique relevant du haut-commissariat à la jeunesse et aux sports, *JORF* : 7 avril 1962, p 3651 : « les maîtres chargés par les recteurs, et à titre essentiellement précaire, soit : D'assurer l'intérim d'un emploi vacant de professeur titulaire ; D'assurer la suppléance d'un professeur en congé de maladie ou de maternité ; De donner pendant tout ou partie de l'année scolaire un enseignement constituant un service incomplet ; Ou d'assurer un service complet d'enseignement constitué par un groupement d'heures supplémentaires ».

Si les réponses à ces questions proviennent habituellement de la jurisprudence, cette dernière a eu quelques difficultés à se prononcer. En effet, la jurisprudence conclut, durant un certain temps, que le maître auxiliaire relevait seulement du décret de 1962⁹³⁸ et non d'un contrat. Toutefois, la qualification de maître auxiliaire évolua : sur des questions relatives principalement au licenciement, la jurisprudence rapprocha peu à peu l'auxiliaire du non titulaire, définissant le maître auxiliaire comme « *un agent engagé à terme fixe* »⁹³⁹. Ainsi, l'arrêt du tribunal administratif de Dijon du 17 janvier 1997⁹⁴⁰, d'une part, qualifia, la situation juridique des maîtres auxiliaires, désignés comme des agents non titulaires de droit public engagés à terme fixe, et d'autre part, précisa le droit applicable en cas de licenciement avant le terme fixé. Ainsi, les juges reconnaissent désormais aux maîtres auxiliaires un droit au préavis et à l'indemnité de licenciement. Toutefois, la jurisprudence se montra encore hésitante par la suite, en se fondant à nouveau sur l'article 10 du décret de 1962⁹⁴¹.

211 – La fin de l'auxiliariat ?

Certains éléments apparaissent à la lecture de la situation et de la qualification de maître auxiliaire. Tout d'abord, il est évident qu'un certain « désordre » est identifié le concernant. En effet, le maître auxiliaire apparaît comme « inclassable », une particularité qui a étonnamment perduré dans le temps malgré la reconnaissance et la construction progressive d'un statut pour l'agent dit « non titulaire ». Peut-être que la justification se trouve-t-elle justement dans le caractère précaire de la situation du maître auxiliaire : sur certains points, le décret de 1962 s'avère plus opportun pour l'administration que le statut de l'agent non titulaire, notamment en matière de licenciement et de droit à indemnité. Suivant le décret de 1962, le licenciement d'un maître auxiliaire n'ouvre pas droit à indemnité, contrairement au décret régissant les agents non titulaires de la fonction publique d'État. Finalement, l'opportunité justifiant la persistance de l'auxiliariat se trouve dans le caractère instable de ce dernier. D'autres éléments démontrent une certaine confusion : les hésitations

⁹³⁸ CE, 27 mars 1995, *M. Heulin*, *Recueil Lebon* p 141 : il n'est pas question de qualifier le maître auxiliaire d'agent contractuel, toutefois *Le recueil Lebon* a classé l'affaire publiée sous les rubriques « agents contractuels temporaires - fin de contrat – licenciement », ce qui démontre de l'ambiguïté de la situation.

⁹³⁹ TA Dijon, 14 janvier 1997, *Mlle Anne Del Gaudio c./ Recteur de l'Académie de Dijon*, n° 94677, 941811 ; in : *AJFP* : 1997, n° 4, pp 44-49

⁹⁴⁰ TA Dijon, 14 janvier 1997, *Mlle Anne Del Gaudio c./ Recteur de l'Académie de Dijon*, n° 94677, 941811 ; in : *AJFP* : 1997, n° 4, pp 44-49

⁹⁴¹ CAA Marseille, 15 mai 2001, n° 98MA00558, *Recueil Lebon* : « *Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article 10 du décret susvisé du 3 avril 1962 fixant les dispositions applicables aux maîtres auxiliaires : "En cas de licenciement, il ne peut être alloué aux intéressés aucune indemnité" ; que, dans ces conditions, la demande de M. X... tendant au bénéfice d'une indemnité de licenciement est également sans fondement ; Considérant qu'il résulte de ce qui précède que M. L' « inclassable » maître auxiliaire se voit ainsi rapproché des agents non titulaires, et vient désormais grossir les rangs de la catégorie hétéroclite* ».

jurisprudentielles sont l'exemple d'un nécessaire éclaircissement. On hésite entre le décret de 1962 et le décret de 1986, conduisant parfois même la jurisprudence à des qualifications étonnantes : le maître auxiliaire apparaît parfois comme « *un agent à terme fixe* »⁹⁴². Le caractère hybride de l'auxiliaire pose également problème puisque, bien que ce dernier ne soit pas un agent titulaire, l'agent n'est régi que par des dispositions statutaires.

Comme pour l'agent vacataire, afin de mesurer l'intérêt de la persistance du maître auxiliaire, il convient de se poser deux questions, l'une sur le caractère raisonnable de l'auxiliariat, l'autre sur un éventuel remplacement. Comme cela a été exposé, le maître auxiliaire ne voit sa raison d'être que dans le caractère précaire de sa situation. Répondant à une utilisation devenue « habituelle », ce dernier s'applique sans véritablement envisager une alternative et permet d'évacuer certaines contraintes en matière de licenciement par exemple. Dès lors, justifier un recrutement par son caractère précaire ne s'avère pas raisonnable. Une fois encore, s'imposent deux éléments convaincants : la nécessaire simplification à opérer et l'exemplarité de l'État.

D'une part, multiplier les recrutements et juxtaposer divers modes qui ne trouvent pas tous sens sont des vecteurs de complexification dont la fonction publique peut aisément se passer en vertu des difficultés qui la traversent. D'autre part, une fois encore, l'État ne peut admettre dans les recrutements qu'il opère ce qu'il ne tolère pas dans le secteur privé. Cette question peut paraître simple, mais elle est aujourd'hui à poser puisqu'on ne cesse de pointer du doigt les différenciations, jugées parfois injustifiées, entre le secteur public et le secteur privé. Bien que les distinctions opérées trouvent bien souvent sens, il s'avère important de ne pas conserver des différenciations qui ne seraient nécessaires et de s'attacher à une certaine exemplarité de l'État. L'auxiliariat ne semble donc pas raisonnable.

Concernant le caractère indispensable du maître auxiliaire, certaines réponses peuvent être apportées. Tout d'abord, l'auxiliariat ne concerne que certains corps et peu d'agents sont visés. De plus, l'auxiliariat ne trouve plus sens aujourd'hui, le maître auxiliaire pouvant être contractualisé ou titularisé. Si l'auxiliariat n'apparaît plus nécessaire, ni indispensable, la question se pose de savoir vers quel modèle il faut se tourner. L'agent auxiliaire étant régi par des dispositions exclusivement statutaires, il semble que ce dernier soit à rapprocher du fonctionnaire. Si l'on souhaite sécuriser le maître auxiliaire et éclaircir la situation de ce

⁹⁴² TA Dijon, 14 janvier 1997, *Mlle Anne Del Gaudio c./ Recteur de l'Académie de Dijon*, n° 94677, 941811 ; in : *AJFP* : 1997, n° 4, pp 44-49

dernier en mettant fin à un particularisme stérile, il semble évident que sa titularisation constitue la voie plébiscitée.

2 § Une sécurisation de l'agent non titulaire par la sanction des comportements abusifs

À côté des modifications, telles que le recadrage de la notion d'agent non titulaire, la sanction des comportements abusifs apparaît comme un élément indispensable dans la poursuite d'une sécurité restaurée pour l'agent non titulaire. Néanmoins, avant de sanctionner les comportements abusifs, il convient de suivre une politique qui serait préventive (A). En effet, les comportements abusifs peuvent être évités par l'anticipation. Si des sanctions existent, puisque le travail du juge constitue un véritable rempart face à des situations précaires abusives, ces dernières s'avèrent toutefois peu dissuasives et limitées (B). Mais, dans un complexe rapport de proportion, il est primordial d'introduire des sanctions dissuasives afin de sécuriser l'agent non titulaire, à travers des mécanismes tels que la requalification-sanction.

A – L'anticipation des comportements abusifs

Pour éviter les comportements abusifs, l'élément déterminant est le recrutement. En effet, le recrutement est un moment crucial : le bon exercice de ce dernier peut évacuer bon nombre de questions (1). Des comportements à éviter, jusqu'aux modifications à entamer : tous les éléments permettant d'exercer un bon recrutement sont des priorités dans l'éviction des comportements abusifs. Néanmoins, l'anticipation des abus s'exerce également par des modifications nécessaires, notamment concernant la durée des contrats à durée déterminée qui peut s'avérer bien trop longue (six ans) pour mettre en lumière le caractère temporaire du lien unissant l'agent à l'administration (2).

1 – Le recrutement des agents non titulaires : un moment clé dans la prévention des comportements abusifs

212 – Le recrutement : un moment clé à privilégier

Suivant une volonté d'engager une politique plus préventive afin d'éviter les comportements abusifs, il est important dans un premier temps d'affirmer la place prépondérante qu'occupe le recrutement. Tout d'abord, *a priori* un bon recrutement permet de limiter ce qu'on nomme parfois des « erreurs de casting » et endigue la portée du licenciement. Il s'agit, comme cela a été identifié au préalable, d'un des deux éléments justifiant le recours contractuel : on utilise principalement la voie contractuelle pour contourner le mécanisme du concours dans le

recrutement, mais aussi pour la possibilité de licencier l'agent. Aujourd'hui, la question du licenciement occupe une place importante dans le débat public. Certains arguent que l'absence de possibilité de licencier les agents titulaires constitue un véritable handicap et une différenciation injuste avec le secteur privé. Or, les arguments invoqués démontrent bien souvent une certaine méconnaissance du secteur public, puisque des mécanismes sont prévus afin de sanctionner et révoquer les agents, bien qu'ils soient très peu utilisés. De plus, la révocation s'avère constituer une sanction bien plus forte et pénalisante que le licenciement. En effet, la personne révoquée voit tout un secteur, dans son cas le secteur public, lui fermer ses portes. Lorsqu'on est licencié dans le secteur privé, on peut chercher un autre emploi dans ce même secteur, alors que lorsqu'on est révoqué, tout le secteur public est désormais interdit. Il s'agit dès lors d'une sanction extrêmement lourde, presque « violente », que l'on oublie parfois lorsque certains se demandent pourquoi il y a très peu de révocations dans le secteur public.

Le recrutement évacue dès lors bon nombre de ces questionnements, puisqu'une bonne recrue, compétente, motivée, au profil adéquat, prémunira l'employeur public du licenciement, des sanctions et de la révocation. Bien que les choses ne soient naturellement pas aussi simples, le cours de la vie influant sur les personnes et écartant la prédiction d'un bon comportement, une même motivation ou tout simplement des ambitions inchangées pour les agents dans le futur ; bien recruter limite nécessairement les risques de se séparer de l'agent pour des raisons notamment d'insuffisance professionnelle.

213 – Les comportements à adopter

En matière de recrutement, différents comportements permettent de rendre ce dernier plus efficace : il convient donc de les privilégier. Tout d'abord, les préalables au recrutement doivent être minutieusement respectés⁹⁴³ : la gestion prévisionnelle des emplois, des effectifs et des compétences, apparaît dès lors comme nécessaire afin d'anticiper clairement les besoins. Les fiches de poste permettent également de bien identifier qui l'on souhaite recruter, quelles compétences doit avoir la potentielle recrue, etc... Le préalable au recrutement bien respecté, il faudra bien choisir le recrutement. Différents éléments devront être identifiés : le caractère temporaire ou pérenne du recrutement ou encore la nature de la recrue à rechercher. Outre les préalables au recrutement, l'exercice du recrutement nécessitera le respect de certaines étapes également. On note toutefois certaines tendances, comme la

⁹⁴³ MOURIER (Rachel), *S/d, Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-56

professionnalisation du recrutement où l'on passe progressivement d'un recrutement de masse à un recrutement de classe. Néanmoins, il existe également des comportements à éviter : par exemple, on déconseillera aux employeurs publics de donner une image idyllique du poste à pourvoir. S'il arrive que les employeurs publics soient déçus *a posteriori* par l'agent recruté, les compétences réelles de ce dernier étant mal évaluées, il arrive également que la nouvelle recrue soit démotivée, influant ainsi sur sa qualité de travail, en raison d'un manque de réalisme durant la présentation du poste par l'employeur public.

Un bon recrutement évite dès lors les comportements abusifs. Outre l'éviction de certaines problématiques, il apparaît évident qu'un recrutement efficace, dont on a réellement besoin, avec la recrue adéquate, ne peut qu'être une caution de sécurité. Néanmoins, deux éléments sont à ajouter : d'une part, les incontournables d'un bon recrutement énoncés ne traitent pas, de façon distincte, du concours. En effet, si les préalables au recrutement demeurent similaires, le concours ne permet pas réellement d'appréhender la personnalité du candidat et de s'assurer de ne pas commettre une « erreur de casting » quant au « savoir-être » de la nouvelle recrue. D'autre part, une fois encore, un certain paradoxe est identifiable : un bon recrutement peut parfois apparaître propice aux comportements abusifs. En effet, un agent recruté par contrat à durée déterminée qui convient au poste et dont les compétences s'avèrent nécessaires et indispensables dans le service sera renouvelé, ce qui permet d'expliquer éventuellement les renouvellements abusifs. L'administration ne souhaitant pas se séparer de la recrue compétente, a tendance à renouveler successivement et excessivement cette dernière. Ainsi, le paradoxe énoncé met également l'accent sur un point essentiel à modifier dans la poursuite d'une relation stable entre l'agent non titulaire et l'administration : la durée du contrat à durée déterminée.

2 – La durée excessive des contrats des agents non titulaires : un facteur de risque

214 – La durée du contrat à durée déterminée

La durée des contrats est toujours un enjeu déterminant. Toutefois, dès l'étude des différentes dispositions relatives à la durée des contrats à durée déterminée, on constate une différenciation entre le droit de la fonction publique et le droit du travail. En droit de la fonction publique, comme cela a été traité à différentes reprises, les contrats à durée déterminée sont conclus pour une durée maximale de trois ans, renouvelable une fois, soit six années. Afin de bénéficier de la CDIisation, il convient de justifier de six années de services au sein de l'administration, autrement dit, d'avoir été recruté pour une durée maximale et

renouvelé une fois. Toutefois, en droit du travail, l'article L 1242-8 du code du travail dispose que : « *La durée totale du contrat de travail à durée déterminée ne peut excéder dix-huit mois compte tenu, le cas échéant, du ou des deux renouvellements intervenant dans les conditions prévues à l'article L 1243-13* »⁹⁴⁴. La durée prévue en droit du travail se trouve ainsi éloignée de celle envisagée en droit de la fonction publique. Concernant les vertus attractives d'une durée relativement large, ces dernières peuvent être énumérées simplement. Il s'agit d'avantages tenant à la praticité, c'est-à-dire que lorsqu'on recrute un agent contractuel en cas d'absence de corps de fonctionnaires pour assurer les fonctions recherchées, une durée maximale de trois ans renouvelable une fois permet de couvrir une période relativement longue en attendant la nomination d'un fonctionnaire pour assurer ces fonctions. Une durée relativement conséquente évite de recruter à répétition et offre une alternative opportune.

Néanmoins, des difficultés s'imposent également avec une durée longue, ces dernières étant très certainement à l'origine de la limitation imposée en droit du travail. En effet, les premières questions s'axent autour du caractère précaire de la situation des agents en contrat à durée déterminée dans la fonction publique. En effet, six ans constituent un laps de temps durant lequel l'agent prendra une place importante dans son service : il sera formé, et intégré, il fera entièrement partie du service faisant même oublier le caractère temporaire de son contrat. La difficulté provient justement de cette intégration dans l'inconscient collectif. Si une durée « large » permet plus de souplesse afin de répondre à certaines difficultés, cela pose pourtant la question de la sécurité de la relation entre l'agent et l'administration, comme entre l'agent et ses collègues. On retrouve ainsi deux difficultés : d'une part, un inconscient collectif construit autour d'une idée éloignée du temporaire, puisqu'on intègre l'agent en oubliant la temporalité réduite ; d'autre part, la durée peut être propice aux comportements abusifs : on aura plus de mal à se séparer d'une personne intégrée et formée. Il convient dès lors de s'appuyer sur les théories relatives à l'intégration du salarié dans l'entreprise, afin de comprendre le caractère opportun ou non d'une durée maximale de six années.

215 – L'intégration des agents dans l'administration

Les théories traitant de l'intégration du salarié dans l'entreprise peuvent répondre aux questions suivantes : elles permettent d'appréhender, tout d'abord, les étapes et le laps de temps nécessaires à l'intégration, et ensuite de mesurer l'assimilation du salarié dans

⁹⁴⁴ Code du travail, art. 1242-8

l'entreprise après six années. Le temps étant un vecteur déterminant, l'étude de ces théories s'avère utile.

Lorsqu'on parle d'intégration du salarié, on associe directement l'idée à un autre concept en sociologie : la théorie de la socialisation organisationnelle. La théorie repose sur l'apprentissage par le salarié de son rôle au sein de l'entreprise. Bien évidemment, cette théorie peut se transposer à l'agent contractuel également. Divers auteurs ont traité de cet aspect sociologique, toutefois la plupart reprennent les idées des « fondateurs » de la sociologie comme Emile Durkheim⁹⁴⁵ afin de rattacher une notion d'intégration à la culture d'entreprise, cette dernière important des cultures exogènes et produisant une culture spécifique. Daniel Charles Feldman propose en 1976 une théorie similaire mais plus originale, se focalisant sur le processus d'adaptation de la nouvelle recrue afin de faire de ce dernier un « *membre participatif et efficace* »⁹⁴⁶. La théorie s'avère particulièrement pertinente pour les recruteurs, directement concernés par l'intégration des nouveaux collaborateurs. Le contexte socio-économique encourage ainsi les études basées sur l'intégration du salarié, ou de l'agent contractuel, « *pour qui cette transition professionnelle est une période particulièrement intense de recherche de sens et d'équilibre psychologique au travail* »⁹⁴⁷. Daniel Feldman propose dans sa théorie d'analyser le processus de transition du statut de débutant à celui de professionnel efficace⁹⁴⁸. En vertu de ses études longitudinales, Daniel Feldman précise que le processus d'intégration dure environ 24 mois, durant lesquels les trois premiers mois du recrutement du nouvel agent s'avèrent constituer la période la plus intense. Trois phases sont identifiées dans le processus d'intégration : la phase de socialisation anticipatoire, la phase d'accommodation et enfin la phase d'adaptation. La première phase dure en moyenne un mois et est relative à la période anticipant le recrutement. En effet, durant cette période, le salarié ou, par symétrie, l'agent souhaitant intégrer l'administration recueille des informations et se construit une « image ». Cette étape comprend également les premiers pas du recrutement, avec la première prise de contact et l'échange des attentes. La seconde phase est plus effective, puisqu'elle concerne l'entrée dans l'organisation. Cette dernière dure environ six mois. Durant cette période, la nouvelle recrue acquiert la « culture » de l'administration, les rôles et les compétences attendus... Enfin, le processus se termine par une dernière phase d'un

⁹⁴⁵ DURKHEIM (Emile), « Education et sociologie », 1922

⁹⁴⁶ FELDMAN (Daniel, Charles), « A contingency theory of socialization », 1976.

⁹⁴⁷ PERROT (Charles), « Echelle de mesure de la socialisation organisationnelle : état de l'art et perspective », in : management international, volume 13, numéro 4, 2009, p 115-127.

⁹⁴⁸ GUERFEL-HENDA (Sana), EL ABBOUBI (Manal), EL KANDOUSSI (Fatima), « La socialisation organisationnelle des nouvelles recrues », in : Revue Interdisciplinaire sur le Management et l'Humanisme, n° 4, novembre/décembre 2012.

an environ, qui est appelée « *management des rôles* »⁹⁴⁹ par Daniel Feldman. Connaissant désormais le milieu de travail, les personnalités ainsi que le rôle qui est le sien, la nouvelle recrue sera désormais capable de résoudre des conflits : « *la nouvelle recrue a acquis pendant cette étape une identité organisationnelle, des attitudes, des valeurs et des comportements compatibles avec la culture de l'organisation qui lui permettent de gérer les conflits de rôle auxquels elle est potentiellement confrontée. Au cours de cette étape, la jeune recrue a déjà assimilé le contenu de la socialisation et se trouve en mesure de résoudre les conflits liés à son travail ou à son rapport avec les autres membres de l'organisation* »⁹⁵⁰. Ainsi, l'intégration dure en moyenne deux ans. Suivant les trois étapes énoncées par Daniel Feldman, l'intégration de l'agent consiste à faire de ce dernier un membre participatif et efficace au sein de l'organisation, reconnu par les autres membres de l'entreprise.

Si la théorie de Daniel Feldman est appliquée à l'agent contractuel, il est possible d'affirmer que ce dernier est intégré et ne se trouve plus dans les phases énoncées mais davantage dans un processus de consolidation, d'assise. L'agent recruté pour une durée de six années est donc plus qu'intégré dans l'administration : il consolide son intégration et peut être un membre participatif et force de proposition. S'il n'est pas question d'affirmer qu'il faut éviter d'intégrer l'agent contractuel, bien au contraire, la consolidation de la place occupée par l'agent favorisée par la temporalité, entraîne néanmoins un certain abandon du caractère temporaire du recrutement. Diverses conséquences peuvent être à prévoir : une certaine difficulté pour l'agent traduite par un sentiment d'injustice ou d'incompréhension. Mais des problématiques se posent également pour le service lui-même, dans sa continuité et son efficacité. Il peut être difficile pour les autres membres de l'organisation de poursuivre l'activité sans endommager cette dernière par l'absence d'un membre actif et intégré.

216 – Une nécessaire réduction de la durée du CDD

S'il est toujours question de sécuriser l'agent dit « non titulaire », il apparaît évident que la durée du CDD a toute son importance dans le débat. En effet, comme cela a été présenté précédemment, deux problématiques découlent d'une durée de grande amplitude et méritent d'être résolues : d'une part, l'abandon du caractère temporaire dans les esprits, et d'autre part, la difficulté de se séparer d'une personne formée, intégrée et force de proposition. Il apparaît dès lors opportun d'envisager une limite plus restrictive quant à la durée du CDD,

⁹⁴⁹ FELDMAN (Daniel, Charles), « A contingency theory of socialization », 1976

⁹⁵⁰ GUERFEL-HENDA (Sana), EL ABBOUBI (Manal), EL KANDOUSSI (Fatima), « La socialisation organisationnelle des nouvelles recrues », *loc. cit.*

renouvellements inclus. Suivant le modèle du droit du travail, une durée de dix-huit mois paraît répondre aux différents impératifs : une limite plus sécurisante tout en laissant une amplitude relativement large afin de répondre aux besoins. La nouvelle recrue doit être formée pour être efficace le plus rapidement possible, intégrée également dans l'équipe puisqu'en dépend la bonne exécution du service ; néanmoins, l'agent en CDD ne doit pas être indispensable, en phase de consolidation. Si l'agent est indispensable, il convient de pérenniser ou titulariser ce dernier.

Cette proposition peut toutefois souffrir quelques difficultés. D'une part, si *a priori* limiter la durée du CDD concourt à une sécurisation de l'agent, pour certains cela entraîne néanmoins une réduction qui ne conduit qu'à déplacer la précarité : la personne étant engagée pour une durée plus courte, elle se retrouve également plus vite sans emploi. Également, la réduction peut s'accompagner dans un premier temps d'une certaine complexification, les recrutements étant prévus et relativement harmonisés autour d'une durée de trois ans. Toutefois si l'objectif demeure le même, à savoir une sécurisation, une limitation s'avère nécessaire afin de contenir les abus et réaffirmer le caractère temporaire du recrutement de l'agent contractuel à durée déterminée.

B – La sanction des comportements abusifs

Outre l'application de méthodes préventives comme la réduction de la durée du contrat à durée déterminée, il est important que des méthodes dissuasives soient également préconisées. Différents mécanismes peuvent être adoptés comme la requalification-sanction (1). Toutefois, de nombreuses problématiques se posent dans l'articulation de tels dispositifs, entre l'application de sanctions dissuasives et la sauvegarde des principes régissant le droit de la fonction publique. Un formalisme rigoureux s'avère également souhaitable afin d'assurer une situation sécurisée à l'agent non titulaire (2).

1 – Une requalification- sanction dissuasive

217 – La requalification du contrat à durée déterminée en droit de la fonction publique

La question de la requalification-sanction a déjà été abordée à différentes reprises, principalement concernant les convergences et les divergences entre le droit du travail et le droit de la fonction publique. Toutefois, la requalification-sanction suppose de traiter différents aspects et de bien distinguer les situations et modalités s'y appliquant. La requalification est, selon Gérard Cornu, l'opération « *par laquelle le juge restitue à un acte ou*

à un fait son exacte qualification sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposé »⁹⁵¹. Ainsi, en droit du travail, le juge judiciaire restitue au contrat son exacte qualification : autrement dit, il qualifie le contrat de contrat à durée indéterminée, sans s'attarder sur la dénomination de contrat à durée déterminée proposée par les parties. On appose le terme de « sanction » à côté de celle de requalification car il s'agit d'un véritable mécanisme protecteur mais aussi répressif dont les répercussions s'avèrent lourdes pour l'employeur.

En droit de la fonction publique, la requalification est opérée par le juge administratif mais elle s'avère différente de celle exercée par le juge judiciaire. D'une part, afin de comprendre la requalification du contrat à durée indéterminée, il convient, au préalable, de bien distinguer les différentes modalités qui pourraient s'en approcher. En effet, la reconnaissance du contrat à durée indéterminée, puis sa généralisation, ont entraîné différents effets. Une des premières conséquences de la loi de 2005, est le passage automatique des contrats à durée déterminée en contrats à durée indéterminée. Ce passage n'est pas effectué par le juge : il s'exerce en vertu des règles énoncées dans les lois consacrant le contrat pérenne, tel un enchaînement inéluctable. Toutefois, le passage automatique en contrat à durée indéterminée a posé de nombreuses questions et soulevé certaines hésitations : ainsi le Cour administrative d'appel de Lyon, dans un arrêt du 10 novembre 2009, a confirmé le rejet décidé en première instance de la demande de requalification du contrat d'un agent à durée déterminée, non renouvelé, après plus de six années aux motifs que la fonction occupée par l'intéressé « *n'est pas de nature à établir, par elle-même, que le poste occupé par l'intéressé devait être regardé comme un emploi permanent du centre hospitalier* »⁹⁵². Face aux demandes, ainsi qu'à l'hétérogénéité des situations, le contentieux s'est considérablement densifié. La Cour administrative d'appel de Marseille, dans une décision du 9 Octobre 2012, précisa les conditions de requalification du contrat à durée déterminée en contrat pérenne d'une assistante maternelle. Ainsi, contrairement à l'espèce étudiée devant la Cour administrative d'appel de Lyon, il apparut que « *le fait que M^{me} Gille ait été recrutée pendant 22 ans au sein de la même structure révèle l'existence d'un besoin permanent* » ; dès lors « *dans ces conditions, son contrat devait, en application des dispositions de la loi du 26 juillet 2005, être automatiquement transformé en contrat à durée indéterminée à la date de publication de ladite loi* »⁹⁵³. Toutefois, avec les précisions apportées par les dispositions de la loi de 2012, le contentieux s'est

⁹⁵¹ CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p 813

⁹⁵² CAA, Lyon, 10 novembre 2009, *M. A ctre le Centre Hospitalier Spécialisé de la Chartreuse*, n° 08LY00041, *AJFP* : 2010, p 274

⁹⁵³ CAA, Marseille, 9 octobre 2012, *Mme A ctre Commune de Six-Fours-les-Plages*, n°10MA04621, *AJDA* : 2013, p 270

considérablement simplifié. Désormais, même lorsque l'agent n'occupe pas un emploi permanent, le contrat à durée déterminée doit être transformé en contrat pérenne après six ans de services effectifs⁹⁵⁴.

Toutefois, malgré ces dispositions, la requalification du contrat à durée déterminée en contrat pérenne n'a pas pour effet de consacrer un droit au renouvellement de l'agent contractuel. Ainsi, comme le rappelle un arrêt relativement récent de la Cour administrative d'appel de Versailles du 19 juin 2014, la décision signifiant le refus de renouvellement « *n'avait à être précédée ni de la communication du dossier ni d'une procédure contradictoire* »⁹⁵⁵.

Par ailleurs, le juge administratif effectue, outre la requalification automatique du contrat en contrat pérenne, des requalifications visant à redonner leur exacte qualification à des conventions « cachées » ou « déguisées ». Comme cela a été énoncé auparavant, concernant la vacation notamment, le juge a requalifié à diverses reprises la vacation en contrat à durée déterminée. Toutefois, bien que l'exercice effectué par le juge administratif soit similaire à celui du juge judiciaire, la requalification faite par le juge administratif n'est pas véritablement une « requalification- sanction » au sens du droit du travail, d'autres problématiques s'imposant.

Le contentieux relatif à la précarité est lié essentiellement à la question de la requalification du contrat à durée déterminée en contrat pérenne. Lorsqu'il s'agit de sanctionner la succession abusive de contrats à durée déterminée, la finalité sera la réintégration ou l'indemnisation. Or les deux conséquences sont bien évidemment directement liées à la requalification du dernier contrat en contrat à durée indéterminée. Afin de réintégrer ou indemniser l'agent, il convenait de démontrer la faute commise par l'employeur. La difficulté posée par la requalification met ainsi à mal toute réparation du préjudice subi par l'agent renouvelé abusivement. Concernant la réintégration, il est évident que cela est lié à la requalification du contrat puisque « *seule la requalification en CDI permet de regarder le non-renouvellement du CDD comme un licenciement illégal dont l'annulation peut impliquer le retour de l'agent dans le service* »⁹⁵⁶.

⁹⁵⁴ TA, Amiens, 7 novembre 2014, n° 1301977, *AJFP* : 2015, p 66 : « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'au cours des huit dernières années ayant précédé l'entrée en vigueur, le 14 mars 2012, de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012, M^{me} P. a souscrit quarante-trois contrats pour assurer le remplacement momentané de fonctionnaires hospitaliers indisponibles ou exercer des fonctions occasionnelles* », de plus « *le 14 mars 2012, date d'entrée en vigueur de la loi du 12 mars 2012, elle totalisait six années de services effectifs auprès du même établissement au cours des huit années précédant la publication de ladite loi* », ainsi « *elle est fondée à soutenir que le centre hospitalier de Ham était tenu, en application de l'article 30 de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012, de lui proposer la transformation de son contrat conclu du 10 octobre 2012 au 9 avril 2013 en contrat à durée indéterminée* ».

⁹⁵⁵ CAA, Versailles, 19 juin 2014, *Mme A ctre Commune de Gonesse*, n° 13VE01222, *AJFP* 2014, p 367

⁹⁵⁶ NIQUEGE (Sylvain), « indemniser la précarité », in : *AJFP*, 2015, p 241

Toutefois, concernant l'indemnisation, le lien avec la requalification s'avérait moins convainquant : le préjudice né de l'ensemble de la relation ne se limitait pas à la seule irrégularité de la décision y mettant fin⁹⁵⁷. Ainsi, le Conseil d'État, dans un arrêt du 20 mars 2015, *Commune d'Aix-en-Provence*⁹⁵⁸, distingua la requalification de l'indemnisation. Le Conseil d'État dans l'arrêt précité décide dès lors que si le renouvellement successif de contrats à durée déterminée n'est pas *a priori* contraire au droit de l'Union, cela n'exclut pas en revanche que la succession puisse être considérée comme abusive et ouvre droit à réparation. L'évaluation du préjudice présentée par le Conseil d'État, à savoir « *en fonction des avantages financiers auxquels il aurait pu prétendre en cas de licenciement s'il avait été employé dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée* »⁹⁵⁹ semble faire écho à la requalification-sanction appliquée par le juge judiciaire au bénéfice du salarié. Ainsi, si la question a longtemps posé problème, progressivement la requalification-sanction semble s'appliquer au bénéfice de l'agent précaire.

218—Une requalification-sanction renforcée

Certes, les réticences des juges administratifs sont justifiées par certains impératifs. Néanmoins, une fois encore, s'il s'agit de sécuriser l'agent contractuel en le protégeant des comportements abusifs tels que les renouvellements successifs, l'application d'une « requalification-sanction » à l'image du droit du travail s'impose. On ne peut nier le caractère précaire de la situation de l'agent contractuel successivement renouvelé ; bien que ce dernier n'ait aucun droit au renouvellement et que des conditions énoncées limitativement encadrent le passage au contrat pérenne, il est impératif de sanctionner les abus visant à « *masquer la réalité d'un besoin permanent du service* »⁹⁶⁰. L'application d'une requalification-sanction par le juge administratif semble s'étoffer progressivement ; il apparaît nécessaire que la dynamique se poursuive.

⁹⁵⁷ NIQUEGE (Sylvain), « indemniser la précarité », in : *AJFP*, 2015, p 241

⁹⁵⁸ CE 20 mars 2015, *Mme A. ctre Institut médico-éducatif Saint-Georges-sur-Baulche*, n°371664, *Recueil Lebon* p 254; *AJDA* : 2015, p 607 ; *AJFP* : 2015, p 254, note S. Niquègue ; *AJFP* : 2015, p 241 : « *le renouvellement de contrats à durée déterminée afin de pourvoir au remplacement temporaire d'agents indisponibles répond, en principe, à une raison objective, y compris lorsque l'employeur est conduit à procéder à des remplacements temporaires de manière récurrente, voire permanente, et alors même que les besoins en personnel de remplacement pourraient être couverts par le recrutement d'agents sous contrats à durée indéterminée ; Toutefois, si l'existence d'une telle raison objective exclut en principe que le renouvellement des contrats à durée déterminée soit regardé comme abusif, c'est sous réserve qu'un examen global des circonstances dans lesquelles les contrats ont été renouvelés ne révèle pas, eu égard notamment à la nature des fonctions exercées par l'agent, au type d'organisme qui l'emploie, ainsi qu'au nombre et à la durée cumulée des contrats en cause, un abus* ». Ainsi, les « *dispositions ne font pas obstacle à ce qu'un renouvellement abusif de contrats à durée déterminée ouvre à l'agent concerné un droit à l'indemnisation du préjudice qu'il subit lors de l'interruption de la relation d'emploi, évalué en fonction des avantages financiers auxquels il aurait pu prétendre en cas de licenciement s'il avait été employé dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée* ».

⁹⁵⁹ CE 20 mars 2015, *Mme A. ctre Institut médico-éducatif Saint-Georges-sur-Baulche*, n°371664, *Recueil Lebon* p 254; *AJDA* : 2015, p 607 ; *AJFP* : 2015, p 254, note S. Niquègue ; *AJFP* : 2015, p 241

⁹⁶⁰ NIQUEGE (Sylvain), « indemniser la précarité », in : *AJFP*, 2015, p 241

219 - L'absence de formalisme du contrat des agents dit « non titulaires »

Tout d'abord, il convient de revenir sur le formalisme de façon générale. Le terme de formalisme est habituellement connoté, dans le langage commun, à une définition quelque peu négative : « *Respect scrupuleux des formes, des formalités* »⁹⁶¹ ou « *Attachement excessif aux formes, aux façons extérieures, à l'étiquette* »⁹⁶². On a tendance également à associer au formalisme une préférence en faveur de la forme ou détriment du fond : « *Tendance (en art notamment) à privilégier la forme et les qualités formelles au détriment du contenu et de la réalité* »⁹⁶³. Toutefois en droit, la définition du formalisme se divise et ne se concentre pas simplement sur un aspect négatif. Il existerait un « *bon* » formalisme, permettant de répondre à un objectif de simplification couplé avec une protection accrue contre l'arbitraire, et un « *mauvais* » formalisme visant, au contraire, à compliquer les modalités du public afin de simplifier l'action de l'administration⁹⁶⁴. Le droit administratif se qualifie justement par une rigueur dans le formalisme, certains auteurs n'hésitant pas à qualifier ce dernier de droit « *formaliste* »⁹⁶⁵. Néanmoins, très paradoxalement, les exigences en termes de formalisme ne se retrouvent pas véritablement concernant le contrat des agents dits « non titulaires », puisqu'on relèvera certaines « *incertitudes liées au nomadisme contractuel et à l'absence de formalisme des contrats* »⁹⁶⁶.

Le « *nomadisme* »⁹⁶⁷ contractuel se démontre au travers de difficultés posées par la possibilité de conclure simultanément un contrat de droit public et un contrat de droit privé au sein d'un même employeur public local par exemple : la question du droit applicable se pose nécessairement et des incertitudes apparaissent. De plus, l'absence de formalisme semble également poser une difficulté. En effet, en prenant l'exemple de la fonction publique territoriale, on constate que des contrats verbaux sont pratiqués. Ainsi, le Conseil d'État, dans un arrêt du 27 juin 2011⁹⁶⁸, a dû appréhender une situation particulière : un agent recruté à deux reprises par un contrat aidé verbal, finalement licencié. Le Conseil d'État n'exclut pas sa compétence en matière de légalité, comme concernant la requalification du contrat lorsqu'il

⁹⁶¹ www.larousse.fr

⁹⁶² *Ibid.*

⁹⁶³ *Ibid.*

⁹⁶⁴ LACHAUME (Jean- François), « Le formalisme », in : AJDA, 1995, p 133

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ AUBIN (Emmanuel), « Les contrats précaires dans la fonction publique territoriale », in : AJ Collectivités Territoriales, 2011, p 552

⁹⁶⁷ *Ibid.*

⁹⁶⁸ CE, 27 juin 2011, Mme A, n°327237, *Recueil Lebon* p 1112, *AJDA* : 2011, p 1863 ; *RLCT* : décembre 2011, n°74, p 18, note E. Aubin

est question de contrat aidé. Le problème de l'absence de formalisme des contrats verbaux ne concerne pas seulement les contrats aidés passés avec les collectivités, mais également d'autres contrats, conclus avec le CCAS, par exemple, comme cela peut être appréhendé dans l'arrêt du Conseil d'État du 17 février 2010. Le Conseil d'État, dans l'arrêt de 2010, qualifie le contrat verbal passé entre un agent et le CCAS : « *les tâches qui lui étaient confiées et les conditions dans lesquelles elle devait les exécuter caractérisaient l'existence d'un contrat de travail la liant au CCAS de Talence et [que] Mme A avait donc la qualité d'agent public contractuel* » et décide qu'il convient de « *déterminer la rémunération due à Mme A, en tenant notamment compte d'une part du régime d'équivalence en matière de durée du travail, des droits à congé, du droit à rémunération et des droits sociaux prévus par les dispositions applicables à l'emploi occupé par l'intéressée et, d'autre part, de l'ensemble des avantages dont cette dernière avait bénéficié, et, en deuxième lieu, de se prononcer, au regard des dispositions mentionnées ci-dessus, sur les demandes d'indemnisation* »⁹⁶⁹. Le contrat verbal se caractérisant par une telle précarité, le Conseil d'État a appliqué les dispositions relatives aux agents contractuels, afin que les sommes dues ainsi que les indemnités puissent être versées à la demanderesse et que la collectivité ne puisse pas se réfugier derrière l'absence de forme.

Toutefois, les pratiques abusives des collectivités publiques ne se retrouvent pas seulement dans l'absence de formalisme, mais également dans un formalisme « souple », adapté aux besoins, tels de véritables contrats sur mesure. Sur cette question, la Cour administrative d'appel de Paris est allée encore plus loin dans un arrêt du 10 décembre 2009⁹⁷⁰. En effet, il s'agissait de traiter d'une situation particulière : un vacataire recruté dans un service de l'aide sociale à l'enfance engagé depuis 21 ans par contrats semestriels, soit 42 contrats. La Cour administrative d'appel a jugé que l'agent occupait un emploi permanent et requalifia le contrat en contrat public à durée indéterminée. Les exemples en termes de contentieux démontrent un manque de rigueur dans le formalisme, des comportements abusifs et une certaine subjectivisation des réponses suscitées par une absence de dispositions claires et harmonisées. Si un formalisme existe, le juge en sanctionne les défaillances ; toutefois, les difficultés mettent en lumière, à travers la pratique de contrats verbaux ou de contrats cachant des emplois permanents, une absence de rigueur source de précarité et un terreau propice aux comportements abusifs.

⁹⁶⁹ CE, 17 février 2010, *Mme Henny*, n°308852, *JCP Adm.*: 2010, n° 22, comm. 2185, note F. Dunyach ; *AJDA* : 2010, p 2117, note E. Aubin

⁹⁷⁰ CAA, Paris, 10 décembre 2009, *Mme A ctre Département de Paris*, n°12PA04399, *Recueil Lebon*

Ces questions sont réglées de façon beaucoup plus claire en droit du travail : tout contrat dérogeant au contrat de droit commun, à savoir le contrat à durée indéterminée à temps plein, nécessite un écrit⁹⁷¹. Les contrats verbaux ne sont donc pas envisageables : en absence d'écrit, le contrat est présumé conclu à durée indéterminée. Le code du travail prévoit également de façon exhaustive tout ce qui doit être mentionné dans le contrat, comme les motifs du recours au contrat à durée déterminée. Bien que certains arguent que le droit du travail devient, dans son objectif de protection, inintelligible et complexe, en raison par exemple des règles de forme démesurément encadrées, les dispositions permettent une certaine harmonisation de la jurisprudence et s'avèrent dissuasives. Un contrat assorti d'un terme, ou à temps partiel, est un contrat précaire. Il convient ainsi d'encadrer ce dernier pour qu'il ne soit pas le lieu d'une insécurité aggravée comme cela peut être constaté dans les divers exemples donnés traitant de la fonction publique territoriale. En effet, le contrat conclu avec un vacataire est un contrat précaire, mais en absence de formalisme, la précarité est accrue puisqu'un recours répété (42 contrats) sert de plus à dissimuler un emploi permanent.

220 – La sécurité par le formalisme

Des efforts ont été engagés ; désormais, le recours au contrat à durée déterminée est clarifié. Toutefois, la question de la requalification, comme celle des sanctions attachées à un manque de formalisme, ne s'avèrent pas assez dissuasives. Afin d'éviter les comportements abusifs, il convient de renforcer les exigences notamment en termes de formalisme, à l'image du droit du travail. Si l'objectif est encore de sécuriser, délaisser le formalisme s'avère dangereux : on se réfugie derrière l'absence de forme pour ne pas appliquer les dispositions nécessaires, comme cela se constate lors du licenciement de l'agent. Il convient dès lors que le droit public « formaliste » le soit de façon uniforme en énonçant des dispositions claires dans ce domaine lorsqu'il s'agit de traiter du contrat des agents dits « non titulaires ». L'objectif poursuivi est à nouveau le même : une protection garante d'une contention de la précarité.

La principale difficulté résidait néanmoins pour les juges dans l'aménagement des principes régissant la fonction publique et l'utilisation contractuelle, puisque requalifier le contrat en contrat à durée indéterminée venait à reconnaître ce dernier comme un principe, le contrat de droit commun. Néanmoins, la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée n'est peut-être pas aussi nocive pour le principe que l'on croit malmener : en effet, la dissuasion par la sanction permet de contenir le recours contractuel. Or c'est la répétition des recours au

⁹⁷¹ Code du travail, article L 121-1 : « Toutefois, le contrat de travail à durée déterminée doit être constaté par écrit. Le contrat qui n'est pas constaté par écrit est présumé conclu pour une durée indéterminée ».

contrat qui menace la logique de la fonction publique. Encadrer le contrat obligerait peut-être les employeurs publics à effectuer des recrutements plus adaptés que des recrutements contractuels, en recrutant, des fonctionnaires sur des emplois permanents.

Section 2 : Un statut indispensable à la protection de l'agent non titulaire

Le statut de l'agent non titulaire s'est progressivement étoffé ; néanmoins, il demeure qualifié de « pré-statut ». Cette approximation est volontaire et exprime peut-être la crainte d'apposer distinctement le terme de statut à une catégorie pourtant précaire, à moins que l'expression permette de signifier que le travail est en cours, mais n'est pas encore assez abouti pour que l'on puisse parler d'un statut identifié de l'agent non titulaire. Toutefois, une esquisse s'étoffe peu à peu et un véritable statut se construit (1§). Le statut le plus identifiable et fourni demeure celui de l'agent contractuel, quoique des difficultés semblent freiner l'élaboration d'un statut harmonisé et stable. Toujours dans l'objectif de sécuriser les agents non titulaires, il convient de poursuivre les efforts entamés et d'étendre les dispositions les plus protectrices aux agents non titulaires (2§).

1 § L'esquisse d'un pré-statut de l'agent contractuel en devenir

Le pré-statut des agents non titulaires s'est alimenté de nombreuses dispositions ces dernières années, au service de leur sécurisation (A). La nécessité d'instaurer des règles toujours plus protectrices au fur et à mesure témoigne d'une importance progressive du recours aux agents non titulaires dans la fonction publique, mais également de comportements jugés abusifs à l'origine d'une volonté d'encadrement. Toutefois les ajustements ne demeurent pas suffisants, les situations étant plurielles ; la sécurisation est trop ciblée (B). Les insuffisances du (ou plutôt des) pré-statut(s) démontrent la nécessité d'une poursuite des efforts vers plus de sécurisation ; à travers un encadrement rigoureux et l'extension des règles protectrices.

A - L'émergence d'un pré-statut de l'agent contractuel

Il convient d'étudier dans un premier temps le « pré-statut » de l'agent non titulaire afin de comprendre en quoi ce dernier souffre de nombreuses insuffisances (1). Véritable « patchwork », le statut des agents non titulaires a bénéficié presque chaque année d'une nouvelle pièce visant à éclaircir une situation complexe et paradoxale dans un univers dédié au fonctionariat. Toutefois on traite aujourd'hui de « pré-statut ». Si l'optimisme ne peut que suivre cette dénomination, qui s'avère à elle seule déjà démontrer une avancée, c'est bien d'un statut dont l'agent non titulaire a besoin. Cet effort a toutefois pris forme concernant le

statut de l'agent contractuel qui se nourrit progressivement, insufflé par la reconnaissance du contrat pérenne et les questionnements posés lors de son insertion (2). Néanmoins, comme cela a été signifié à bien des reprises, derrière la catégorie d'agent non titulaire se cachent de nombreuses situations, parfois délaissées.

1 – Un pré-statut de l'agent non titulaire

221 – Un pré-statut

Tout d'abord, pourquoi la doctrine emploi-t-elle le terme de « *pré-statut* » ou « *quasi-statut* »⁹⁷² ? Lorsqu'on traite de « *pré-statut* », on exprime l'idée qu'un statut se construit peu à peu concernant l'agent non titulaire, toutefois la construction ne demeure pas encore assez aboutie. Il existe un statut, mais ce dernier ne concerne pas toutes les catégories d'agents non titulaires. Comme cela a été étudié auparavant, certains agents classés dans la catégorie « générique » d'agents non titulaires ne voient pas le statut des agents non titulaires s'appliquer : ce ne sont pas véritablement des agents non titulaires, à l'image du vacataire ou encore du maître auxiliaire, mais on classe ces derniers dans la seule catégorie disponible.

Il est ainsi bien complexe de traiter du statut de l'agent non titulaire, puisque cela nécessite une prise en compte de plusieurs statuts : par exemple le maître auxiliaire relève des dispositions du décret du 3 avril 1962, non de celles relatives à l'agent non titulaire comme l'agent contractuel à durée déterminée par exemple. Le vacataire également trouve sa qualification dans l'article 1^{er} du décret du 15 février 1988. Bien que les questions de qualification des agents « atypiques » tels que le vacataire ou l'auxiliaire conduisent à diverses conséquences, comme la qualification d'agent non titulaire malgré tout, et qu'il soit possible de résoudre ces difficultés à travers l'abandon de la vacation ou la titularisation des auxiliaires, l'objectif visant l'harmonisation du statut de l'agent non titulaire est tout de même compromis. Il demeure donc important de traiter des différents textes encadrant toutes ces situations singulières afin précisément de relever ces disparités.

Dans un premier temps, on retrouve des dispositions communes. En effet, l'exception se détermine par les motifs et cas de recours la justifiant. Ainsi, dès l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, on précise : « *Les emplois permanents de l'État et des établissements publics de l'État énumérés*

⁹⁷² MOURIER (Rachel), S/d, *Lamy fonction publique territoriale, op. cit.*, p 206-32

ci-après ne sont pas soumis à la règle énoncée à l'article 3 du titre Ier du statut général »⁹⁷³, et une liste de cas dérogatoires est énoncée, les articles suivants procédant de la même façon. Il n'est pas opportun de revenir sur les cas de recours, longuement étudiés précédemment. On retrouve néanmoins une nouvelle justification de la classification proposée : qualifier « l'agent non titulaire » désormais « d'agent contractuel » et conserver une catégorie intermédiaire pour les exceptions, puisque l'on constate très rapidement que l'agent contractuel est celui qui bénéficie du statut le plus fourni.

En effet, suite au travail législatif entre la loi de 2005 et la loi Sauvadet, on retrouve d'autres dispositions visant à encadrer les renouvellements des contrats à durée déterminée⁹⁷⁴. De plus, puisqu'il s'agit d'encadrer le renouvellement des contrats à durée déterminée et de reconnaître le contrat pérenne, les dispositions précisent également les cas de renouvellement du contrat en contrat à durée indéterminée⁹⁷⁵. Les dispositions se limitant au cas de recours et au renouvellement des contrats, l'application et les modalités étoffant le statut des agents contractuels seront mis en lumière par les décrets d'application. La reconnaissance du contrat à durée indéterminée, s'il a permis pour certains une avancée considérable, a aussi ouvert le champ des questionnements. Les problématiques laissées en suspens par le contrat pérenne ont ainsi constituées une sorte « d'accélérateur », conduisant à étoffer le statut des agents contractuels pour y trouver réponse.

Il convient dans un premier temps, d'étudier le décret du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État⁹⁷⁶ avant 2014. A l'origine, le décret du 17 janvier 1986 est relativement court et laconique. On ne retrouve ainsi que des dispositions visant à déterminer les agents concernés, la réglementation du régime de sécurité sociale applicable, et à exposer quelques modalités de recrutement toutes aussi laconiques visant principalement à rappeler les conditions « traditionnelles » : l'impossibilité d'engager un agent contractuel si ce dernier ne dispose pas de la nationalité française, par exemple. Loin d'un éclairage sur les conditions et

⁹⁷³ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 12 janvier 1984, article 3

⁹⁷⁴ *Ibid.*, article 6 bis : « les contrats pris en application des articles 4 et 6 sont conclus pour une durée déterminée, cette durée est au maximum de trois ans. Ces contrats sont renouvelables par reconduction expresse dans la limite d'une durée maximale de six ans ».

⁹⁷⁵ *Ibid.*, article 6 bis : « tout contrat conclu ou renouvelé en application des mêmes articles 4 et 6 avec un agent qui justifie d'une durée de services publics effectifs de six ans dans des fonctions relevant de la même catégorie hiérarchique est conclu, par une décision expresse, pour une durée indéterminée ».

⁹⁷⁶ Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 19 janvier 1986, p 953

les modalités applicables, on est bien dans les prémices du statut, souffrant dès son introduction d'un manque d'encadrement. Face aux comportements abusifs, et à la précarité des agents contractuels, des dispositions ont été insérées progressivement. Ainsi, dans la fonction publique territoriale le décret du 24 décembre 2007 modifia le décret du 15 février 1988 et inséra diverses dispositions nouvelles⁹⁷⁷. Le décret de 2007 clarifie tout d'abord les modalités de recrutement⁹⁷⁸. Il ajoute, de plus, des dispositions visant à sécuriser l'agent contractuel en comblant les lacunes du décret initial : ainsi l'article 12 du décret de 1988 se voit adjoindre désormais les termes de « *maladie professionnelle* » aux côtés de ceux « *d'accident de travail* ». En matière de congé, le décret offre également quelques éclaircissements⁹⁷⁹. Le décret intègre également des dispositions découlant de la loi du 26 juillet 2005, avec notamment l'article 13⁹⁸⁰. Il s'agit également d'encadrer, *via* le décret, la mise à disposition et la mobilité de l'agent contractuel à durée indéterminée. Le décret de 2007 précise, de plus, les modalités à adopter lors du renouvellement de l'agent : ainsi, l'article 20 du décret dispose qu'au « *début du troisième mois précédant le terme de l'engagement* », le contrat de l'agent est susceptible d'être reconduit pour une durée indéterminée. Si tel est le cas, la notification de la décision devra être précédée d'un entretien. Enfin, il est question d'une des questions alimentant le contentieux : le licenciement. Le décret précise que « *le licenciement ne peut intervenir qu'à l'issue d'un entretien préalable. La décision de licenciement est notifiée à l'intéressé par une lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Cette lettre précise le ou les motifs du licenciement et la date à laquelle celui-ci doit intervenir compte tenu des droits à congés annuels restant à courir et de la durée du préavis* »⁹⁸¹, et énumère les cas excluant une indemnité de licenciement. Si les décrets d'application permettent progressivement d'encadrer l'agent contractuel, certaines questions persistent, comme celles de la rémunération, ou encore concernant le licenciement et certaines modalités non envisagées. Poursuivant la même progression, alimentée par

⁹⁷⁷ Décret n° 2007-1829 du 24 décembre 2007 modifiant le décret n° 88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale, *JORF* : 16 février 1988, p 2176

⁹⁷⁸ *Ibid.*, « Art. 1er-1. - I. — Le dossier des agents mentionnés à l'article 1er doit comporter toutes les pièces intéressant leur situation administrative, enregistrées, numérotées et classées sans discontinuité. Ce dossier, de même que tout document administratif, ne peut faire état des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé ».

⁹⁷⁹ *Ibid.*, article 9 : « l'agent non titulaire employé de manière continue depuis plus d'un an a droit sur sa demande à un congé sans rémunération d'une durée maximale d'un an, renouvelable dans la limite de cinq ans » pour élever son enfant par exemple, ou encore que « l'agent non titulaire employé de manière continue depuis au moins trois ans peut solliciter, dans la mesure compatible avec l'intérêt du service, un congé sans rémunération pour convenances personnelles ».

⁹⁸⁰ *Ibid.*, article 13 : « Lorsque les agents sont recrutés en application de l'article 20 de la loi du 26 juillet 2005 susmentionnée, les services effectués auprès de leur employeur précédent sont assimilés, pour l'ouverture des droits à formation et à congés, ainsi que, le cas échéant, pour l'application du titre X du présent décret et du titre II du décret n° 2004-777 du 29 juillet 2004, à des services accomplis auprès de la personne publique concernée ».

⁹⁸¹ *Ibid.*, article 42

l'introduction du contrat pérenne, la fonction publique d'État présente la première un décret répondant aux différentes problématiques non résolues relatives à l'agent contractuel. Peu à peu, un vrai statut se crée ; les décrets du 3 novembre 2014⁹⁸² et 29 décembre 2015⁹⁸³ apportent l'optimisme nécessaire lorsqu'on recherche un cadre renforcé pour l'agent contractuel.

2 – Un pré- statut en progression pour l'agent contractuel

222 – Les décrets du 3 novembre 2014 pour la fonction publique d'État et du 29 décembre 2015 pour la fonction publique territoriale

Tout d'abord, le décret de 2014⁹⁸⁴ relatif aux agents contractuels de la fonction publique d'État amorce une progression plus que significative : « *les deux décrets de mars et novembre 2014 participent d'ailleurs de la même logique qui consiste d'une part à s'inscrire dans le cadre et pour l'application de la loi du 12 mars 2012 et, d'autre part, à renforcer les droits des agents contractuels* »⁹⁸⁵. Il répond à différentes questions laissées en suspens. Le décret éclaire ainsi les lacunes persistantes concernant la période d'essai et la rémunération. Reprenant les décisions dégagées par la jurisprudence⁹⁸⁶, la période d'essai est définie et, sur le modèle du droit du travail, sa durée est encadrée. La rémunération, bien souvent objet de problématique relevant d'une difficulté d'encadrement et de conflits entre les agents titulaires et non titulaires, fait également l'objet des modifications proposées par le décret.

Outre les questions relatives à la période d'essai et à la rémunération, comme cela a été indiqué auparavant, le décret traite également de l'extension des garanties procédurales en cas de renouvellement du contrat. Enfin, la principale « nouveauté » apportée par le décret de 2014 porte sur le licenciement. Le décret énonce, dans un premier temps, les motifs de licenciement. Dans un second temps, il s'agit d'élargir les droits des agents contractuels en cas de licenciement, à travers notamment : la possibilité pour l'administration de proposer une modification du contrat, mais surtout l'obligation de reclassement dont les conditions sont exposées. Dans un troisième temps, on retrouve des dispositions entourant le licenciement de

⁹⁸² Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 5 novembre 2014, n°0256

⁹⁸³ Décret n° 2015-1912 du 29 décembre 2015 portant diverses dispositions relatives aux agents contractuels de la fonction publique territoriale, *JORF* : 31 décembre 2015, n°0303

⁹⁸⁴ Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 5 novembre 2014, n°0256

⁹⁸⁵ JEAN-PIERRE (Didier), « L'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels de l'État », in : La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales, n°50, 15 décembre 2014, p 2347

⁹⁸⁶ CE, 26 novembre, 2012, *Mme Cindy B.*, n° 347575, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2012, p 2249, *AJFP* : 2013, p 128

l'agent contractuel comme des règles formelles nécessaires à la notification de la décision de licenciement.

Suite au décret de 2014, la fonction publique territoriale emboîte le pas à la fonction publique d'État, grâce à la large modification du décret du 15 février 1988⁹⁸⁷. Le décret du 29 décembre 2015 s'attaque aux mêmes points que le décret de 2014⁹⁸⁸. Tout d'abord, en conformité avec la proposition amorcée auparavant, les agents non titulaires deviennent des « agents contractuels ». Le décret répond, principalement, aux questions laissées sans réponse portant sur les conditions d'emploi et de recrutement des agents contractuels. Ensuite, le décret s'attache à édicter distinctement les mentions que doit comporter obligatoirement le contrat écrit, comme la durée ou encore le poste occupé⁹⁸⁹. Le décret fixe les critères de rémunération : « *Le montant de la rémunération est fixé par l'autorité territoriale en prenant en compte, notamment, les fonctions occupées, la qualification requise pour leur exercice, la qualification détenue par l'agent ainsi que son expérience. La rémunération des agents employés à durée indéterminée fait l'objet d'une réévaluation au moins tous les trois ans, notamment au vu des résultats des entretiens professionnels* »⁹⁹⁰. Le décret encadre la durée de la période d'essai⁹⁹¹. Le décret étend l'entretien professionnel aux agents contractuels recrutés sur emplois permanents par contrat à durée déterminée de plus d'un an et

⁹⁸⁷ Décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale, *JORF* : 16 février 1988, p 2176

⁹⁸⁸ PAULIAT (Hélène), « Agents contractuels de la fonction publique territoriale : du nouveau ! », in : la Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n°1, 11 janvier 2016, act. 12.

⁹⁸⁹ Décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale, *JORF* : 16 février 1988, p 2176, article 3 : « *L'agent est recruté par un contrat écrit. Le contrat mentionne l'article de la loi du 26 janvier 1984 susvisée sur le fondement duquel il est établi. Lorsqu'il est conclu en application des articles 3 et 3-3 de la loi du 26 janvier 1984 susvisée, il précise l'alinéa en vertu duquel il est établi. Le contrat précise sa date d'effet, sa durée et, le cas échéant, la date à laquelle il prend fin. Il définit le poste occupé ainsi que la catégorie hiérarchique, telle que définie au troisième alinéa de l'article 5 de la loi du 26 janvier 1984 susvisée, dont l'emploi relève. Ce contrat précise également les conditions d'emploi et de rémunération et les droits et obligations de l'agent. Si la collectivité a adopté un document récapitulatif de l'ensemble des instructions de service opposables aux agents titulaires et contractuels, il est annexé au contrat. Le contrat conclu pour un motif de remplacement momentané d'agent absent, de vacance temporaire d'emploi ou d'accroissement temporaire ou saisonnier d'activités comporte une définition précise du motif de recrutement. Le descriptif précis du poste vacant à pourvoir est annexé au contrat conclu pour assurer la vacance temporaire d'un emploi en application de l'article 3-2 de la loi du 26 janvier 1984 susvisée. Sont annexés au contrat les certificats de travail délivrés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics dans les conditions prévues à l'article 38 du présent décret* ».

⁹⁹⁰ *Ibid.*, article 1-2

⁹⁹¹ *Ibid.*, article 4 : « *Le contrat peut comporter une période d'essai qui permet à la collectivité territoriale ou à l'établissement public d'évaluer les compétences de l'agent et à ce dernier d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent. Toutefois, aucune période d'essai ne peut être prévue lorsqu'un nouveau contrat est conclu ou renouvelé par une même autorité territoriale avec un même agent pour exercer les mêmes fonctions que celles prévues par le précédent contrat, ou pour occuper le même emploi que celui précédemment occupé. La période d'essai ainsi que sa durée et la possibilité de la renouveler sont expressément stipulées dans le contrat* ».

organise cet entretien professionnel annuellement. Enfin, le décret clarifie les modalités relatives au congé et au reclassement de l'agent⁹⁹².

223 – Une progression source d'interrogations

Quoique le progrès résultant du décret de 2014 pour la fonction publique d'État et du décret de 2015 pour la fonction publique territoriale, en direction d'un « vrai » statut de l'agent contractuel ne puisse qu'être accueilli avec enthousiasme, des interrogations subsistent. Désormais, on peut parler sans réserve d'un statut de l'agent contractuel puisque les dispositions nécessaires, qui manquaient cruellement, encadrent l'agent.

Toutefois, divers éléments de réflexion demeurent intéressants à souligner. Tout d'abord, il est évident que la progression constatée a été grandement encouragée par la reconnaissance, puis la généralisation, du contrat pérenne. Si l'introduction du contrat pérenne ne revêt pas tous les éléments satisfaisants attendus, comme la résorption de la précarité, elle a le mérite de permettre deux éléments : d'une part, de mettre en lumière les questions nécessaires, et d'autre part, de donner du relief aux paradoxes menaçant la fonction publique.

Un premier paradoxe se distingue : si le droit de la fonction publique s'inspire du droit du travail, on est bien loin de la logique contractuelle propre au droit privé, car on consacre à la fois l'influence du droit du travail et la logique statutaire. Dès lors, comme expliqué précédemment, le contrat pérenne souligne le paradoxe constitué par la volonté d'insérer une approche contractuelle tout en déterminant le contenu par des dispositions statutaires. Autrement dit, on souhaite s'émanciper du statut, mais dans un réflexe incorrigible, on y revient inmanquablement. À travers les décrets de 2014 et 2015, on constate une certaine consécration de la logique statutaire. Étonnamment, on règle par la voie statutaire des questions qui auraient pu trouver réponse contractuellement. Si cette initiative permet de sécuriser considérablement les agents contractuels, une question n'en demeure pas moins opportune : *« la "flexibilité" est progressivement abandonnée au profit de la stabilité des situations ; la question de savoir pourquoi recruter un agent contractuel plutôt qu'un fonctionnaire va inéluctablement se poser »*⁹⁹³. Autrement dit, l'intérêt de recruter par la voie contractuelle est bien restreint si les dispositions relatives aux agents titulaires sont étendues

⁹⁹² Décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale, *JORF* : 16 février 1988, p 2176, article 13 : « le licenciement ne peut être prononcé que lorsque le reclassement de l'agent dans un emploi que la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 autorise à pourvoir par un agent contractuel et dans le respect des dispositions légales régissant le recrutement de ces agents n'est pas possible ».

⁹⁹³ JEAN-PIERRE (Didier), « L'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels de l'État », *loc. cit.*

aux contractuels. Seuls deux éléments demeurent différenciés : le recrutement et l'éviction du concours, ainsi que le licenciement.

B – L'insuffisance du pré-statut actuel pour la sécurisation des agents non titulaires

Un manque d'harmonisation freine considérablement la sécurisation des agents non titulaires. En effet, deux éléments caractérisent l'absence d'harmonisation. Tout d'abord, très simplement un défaut d'harmonisation se démontre à travers l'extrême hétérogénéité des statuts (1). Si un statut de l'agent non titulaire existe et si l'agent contractuel possède désormais un « vrai » statut, certaines catégories d'agents non titulaires relèvent d'autres statuts et cette hétérogénéité conforte l'idée d'une nécessaire reclassification au service d'une offre plus cohérente. Ensuite, le défaut d'harmonisation se retrouve dans un élément plus complexe et moins apparent : une vision morcelée (2). Le statut de l'agent contractuel, notamment, semble s'établir indépendamment du statut du fonctionnaire : autrement dit, le fonctionariat et le non titulariat semblent se développer sans vision commune, sans politique de long terme et surtout sans cohérence. On arrive ainsi à des situations parfois incohérentes, où deux modes de recrutement cohabitent en négligeant toutefois leur interdépendance.

1 – Une hétérogénéité des statuts due à l'absence d'harmonisation

224 – Une diversité préjudiciable

L'hétérogénéité ou l'éclatement de la notion d'agent non titulaire ont fait l'objet d'une étude approfondie précédemment. Toutefois, lorsqu'on aborde la question du statut des agents non titulaires, on ne peut que revenir sur cette constatation : l'insécurité de l'agent non titulaire provient pour partie de son manque de cadre, difficilement élaboré en raison d'une certaine hétérogénéité. Le problème persiste malgré les avancées notées. L'agent contractuel bénéficie d'un véritable statut, dont l'élaboration a été accélérée par le contrat pérenne ; néanmoins, ces avancées ne sont pas suffisantes afin de sécuriser tous les agents dits « non titulaires ». En effet, on constate une infinité de situations aux réponses toutes aussi variées freinant la compréhension. Les agents dits « non titulaires » sont composés d'agents de droit privé et de droit public. On retrouve des agents contractuels, mais aussi des agents auxiliaires, vacataires ou stagiaires. Ces derniers ne sont pas des agents non titulaires mais malgré tout la jurisprudence tente parfois de les rattacher à la catégorie lorsque la grande précarité de ces derniers les empêche d'accéder à des droits tels que l'indemnité de licenciement par exemple, ou afin de dénicher les « faux contrats » cachés. La compréhension n'est pas chose aisée face

à cette superposition de contrats et de situations, et le déficit d'harmonisation est un handicap majeur dans l'élaboration d'un statut de l'agent non titulaire.

225 – Harmoniser pour sécuriser

Si le schéma actuel persistait avec toutes ces catégories éparses, il en découlerait à nouveau un paradoxe : on tente de sécuriser et contenir la précarité d'un côté, mais la dispersion alimente d'un autre côté cette même insécurité. La situation est ambiguë puisqu'on conserve des situations particulières parce que ces dernières apparaissent parfois plus opportunes et permettent d'échapper à certaines règles protectrices relatives aux agents contractuels par exemple, comme cela est le cas concernant le maître auxiliaire. Une fois encore, on ne distingue pas la volonté mise en œuvre : il n'est pas certain que l'on cherche réellement à sécuriser les agents dits « non titulaires ». On conserve la même envie destinée à l'approche contractuelle, et on répond encore à un besoin d'opportunité incarnée par la réponse contractuelle. Autrement dit, on a conscience d'une nécessaire sécurisation sans délaisser les motifs du recours à l'approche contractuelle : plus de souplesse et de liberté. On ne peut dès lors se résoudre à un recrutement contractuel « calibré », lorsque la volonté initiale exprime le contraire.

Harmoniser la notion d'agent non titulaire apparaît à nouveau comme une nécessité, car ce travail conditionne l'efficacité et la diffusion même des dispositions visant à sécuriser l'agent. Comme cela a été abordé précédemment, il convient dans un premier temps de restreindre la notion d'agents non titulaires, en offrant une définition plus claire. Autrement dit, on constate que la grande majorité des agents dits « non titulaires » sont des agents contractuels de droit public ou de droit privé. Les autres agents non titulaires trouvent leur raison d'être tantôt dans le manque de cadre et l'opportunité qu'ils représentent comme les vacataires, tantôt dans un certain « dysfonctionnement » découlant de la persistance de pratiques qui auraient pourtant dû disparaître à l'image du maître auxiliaire. Ainsi, l'éviction de la vacance, remplacée par d'autres moyens mis à disposition comme le travail temporaire, et la titularisation des maîtres auxiliaires permettraient de recentrer la notion. Il s'agirait d'un indicateur fort, d'un véritable sens donné à la démarche de protection amorcée en affirmant une ligne politique claire. L'harmonisation, bien qu'elle implique de faire certains choix, conduit ainsi à renforcer un souhait de sécurisation, sans conserver précautionneusement des recrutements « échappatoires » plus opportuns, en contradiction avec la volonté de protection.

226 – Un manque de vision globale en termes de recrutement

On emploie le terme de « vision morcelée » afin de qualifier une autre problématique découlant d'un défaut d'harmonisation, cette fois-ci plus globale mais qui affecte également l'objectif de contention de la précarité. De façon générale, on constate un défaut flagrant de politique globale en termes de recrutement. Le statut de l'agent contractuel s'étoffe, s'inspire du statut du fonctionnaire, mais de façon indépendante, comme si les deux mondes évoluaient sans communiquer alors qu'au contraire le monde du fonctionnariat et du non titulariat se développent conjointement. Le non titulariat trouve précisément sa raison d'être dans les manques du fonctionnariat : il est donc primordial de promouvoir une politique de recrutement globale. Le contrat, par son opposition au recrutement de « principe », est envisagé indépendamment ; son évolution poursuit cette indépendance en étendant toutefois des dispositions propres au fonctionnaire à l'agent contractuel. On arrive ainsi parfois à des incohérences flagrantes : l'exemple de la précarité de certains agents titulaires est probant. En effet, lorsque les éléments de précarité frappant la fonction publique territoriale ont été étudiés⁹⁹⁴, il a été constaté que les agents titulaires étaient eux aussi concernés par une certaine insécurité découlant d'un recrutement à temps partiel. Les agents titulaires à temps partiel sont dans une situation nécessairement plus précaire que les autres fonctionnaires à temps complet. Néanmoins, les raisons de la multiplication des fonctionnaires à temps partiel dans certains corps sont intrigantes. Il est expliqué que certains fonctionnaires ne peuvent occuper un temps plein puisqu'on répond en partie au besoin par le recrutement d'agent contractuel. Autrement dit, le recrutement d'agent contractuel empêche parfois de recruter un fonctionnaire à temps plein. Outre le fait que l'on constate une certaine « contagion » de la précarité qui se développe, on note une certaine incohérence puisque le principe, en vertu duquel les emplois permanents sont occupés par les fonctionnaires, ne peut être appliqué à cause justement de l'exception : le recrutement contractuel. L'agent contractuel recruté ne l'est donc plus pour pallier les manques et besoins non amortis par le fonctionnariat mais empêche la mise en œuvre même du principe. Cet exemple démontre ainsi l'absence totale de vision globale en termes de recrutement, avec la confusion qui s'en dégage. Une fois encore, le fait de ne pas traiter les problématiques à la source et d'appliquer des correctifs sans véritable politique structurée apparaît comme un facteur de précarisation.

⁹⁹⁴ CSFPT, Rapport sur la précarité dans la fonction publique territoriale, 16 mars 2011

En termes de recrutement, l'absence de vision globale s'accompagne également d'une absence de politique sur le long terme. Non seulement les deux modes de recrutement ne sont pas envisagés de façon commune, niant ainsi leur interdépendance pourtant évidente, mais de plus on ne s'appuie pas sur une vision à long terme, avec des perspectives. Comme indiqué précédemment, on se contente de colmater les failles et on repousse les problèmes originaux. Le contrat pérenne apparaît comme un exemple parfait de cette politique visant à promouvoir des palliatifs, en réalité, peu efficaces. En effet, le contrat pérenne est la solution trouvée afin de contenir la précarité des agents contractuels, dont les renouvellements successifs et abusifs ne pouvaient qu'être interprétés comme des facteurs aggravant de précarité. Toutefois, toutes les questions expliquant l'engouement pour le recrutement contractuel, le besoin exprimé par les renouvellements abusifs et le caractère précaire de l'utilisation contractuelle ne sont pas traitées. Le contrat à durée indéterminée est un pansement, efficace pour les agents concernés, mais qui s'avère bien insuffisant lorsqu'il s'agit de résoudre le problème de la précarité. Autrement dit, si des solutions plus efficaces ne sont pas envisagées, les mêmes problématiques vont continuellement se répéter, tel un cercle vicieux. Le contrat pérenne est une solution temporaire, afin de régulariser des situations précaires mais n'est pas une réponse efficace sur le long terme. L'absence de politique de long terme et la méthode visant à appliquer la solution miracle contractuelle ne peuvent que susciter des interrogations.

Il est donc impératif qu'un travail d'harmonisation soit engagé, non seulement afin de recentrer la notion d'agent non titulaire, mais surtout pour mettre en œuvre une politique globale, avec une vision sur le long terme afin d'endiguer efficacement le mouvement de précarisation. La politique de recrutement doit être pensée dans son ensemble et l'anticipation doit être renforcée. Au-delà des propositions émises par la Cour des Comptes dans un rapport rendu public le 13 octobre 2015⁹⁹⁶ faisant un constat alimenté de propositions « chocs »⁹⁹⁷ traitant des finances publiques locales, et préconisant de maîtriser davantage les effectifs⁹⁹⁸, il convient d'accompagner cette rationalisation d'une véritable politique, affirmée

⁹⁹⁵ Il convient de préciser que la question de la vision à long terme concernant le recrutement est prospective, ainsi peu de références doctrinales seront utilisées.

⁹⁹⁶ Cour des Comptes, rapport public, « Les finances publiques locales », octobre 2015

⁹⁹⁷ VOVARD (Agathe), « Effectifs, salaires, temps de travail des fonctionnaires : les propositions choc de la Cour des Comptes », in : La gazette des communes, 09 octobre 2015

⁹⁹⁸ Cour des Comptes, rapport public, « Les finances publiques locales », octobre 2015, p 28 : « *La masse salariale, qui représente 35 % des dépenses de fonctionnement des collectivités locales prises dans leur ensemble, mais plus de 50 % dans le bloc communal, constitue un gisement potentiel d'économies* », « *Au-delà de ces efforts, une réduction significative de la masse salariale ne saurait être obtenue sans une action sur les effectifs au moyen du non remplacement systématique des agents partant à la retraite* ».

et claire en termes de recrutement, dont la seule maîtrise des coûts ne peut suffire à contenir les dérives. Différentes solutions peuvent d'ores et déjà être engagées, notamment en s'intéressant au cœur des problématiques justifiant le recours au contrat : les faiblesses du concours ou encore la question de la fin de la relation entre l'agent et l'administration.

2 § L'extension des règles statutaires vers l'agent contractuel

Afin de contenir la précarité de l'agent non titulaire, il convient de poursuivre le travail d'extension des règles statutaires vers les agents non titulaires. Toutefois cette volonté s'accompagne de divers effets, notamment d'une consécration de la logique statutaire qui ne semble pas, aujourd'hui, la ligne poursuivie (A). On ne peut néanmoins nier l'évidence et ne pas prendre en compte les constatations effectuées : lorsque l'agent est protégé efficacement, il l'est statutairement. L'effet contraire, produit par la reconnaissance de la logique statutaire peut être analysé en un certain désaveu de la logique contractuelle (B). Il est intéressant de constater que, malgré le rejet de la logique statutaire exprimé par le recrutement contractuel, lorsqu'il s'agit du régime du contrat et de son contenu, on revient perpétuellement aux réflexes statutaires.

A – La consécration de la logique statutaire

Le travail de sécurisation de l'agent non titulaire s'est accompagné d'une extension des règles statutaires propres au titulaire vers le non titulaire. Il a été démontré à diverses reprises que les règles statutaires étaient les plus protectrices et efficaces dans le travail de protection entamé (1) et qu'elles apparaissaient comme de véritables « réflexes » protecteurs lorsqu'il est recherché un cadre. Cette extension doit nécessairement se poursuivre, si l'objectif de protection demeure le même (2). Néanmoins diverses questions se posent quant à l'opportunité de cette poursuite : constatant la politique mise en œuvre, l'extension des règles statutaires apparaît quelque peu à « contre-courant » d'une volonté davantage exprimée en faveur d'une souplesse incarnée par le contrat. Également, l'extension des règles statutaires conduit inévitablement à se demander si on n'est pas en train de créer un fonctionnaire « bis », se détournant de toutes les caractéristiques de la logique contractuelle par une certaine assimilation du non titulaire au titulaire.

228 – Des règles statutaires protectrices

Divers indicateurs démontrent une certaine consécration des règles statutaires, concernant leurs vertus protectrices : les efforts de sécurisation cristallisés autour de l'extension des règles statutaires vers l'agent contractuel le prouvent. Afin de comprendre la valeur protectrice des règles en cause, il convient, préalablement, de revenir à un débat, perpétuel et toujours d'actualité, à savoir si l'on peut protéger sans contraindre. A l'heure où ne cessent de s'opposer la liberté et la sécurité, la question de la protection par la contrainte se pose nécessairement. Ce débat, comme énoncé précédemment, n'est pas nouveau et innerve le droit de façon générale. La question se pose principalement et concrètement dans le domaine de la santé : comment protéger le patient de lui-même ? Comment protéger un patient atteint de la maladie d'Alzheimer sans contrainte ? On retrouve ainsi également cette question en matière de curatelle ou de tutelle. Dans des domaines tout à fait différents, on distingue à nouveau cette question, par exemple l'Institut International des Études Sociales a publié en 2012 un ouvrage sur « *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière : peut-on réguler sans contraindre ?* »⁹⁹⁹. À nouveau, le même questionnement s'impose : peut-on « *assurer un fonctionnement correct* »¹⁰⁰⁰ sans « *obliger les personnes à agir* »¹⁰⁰¹ en dépit de leur volonté ? Bien évidemment, lorsqu'une tentative de réponse se forme, elle ne peut être tranchée. On préférera une proportionnalité : sécuriser et contraindre se conjuguent, mais suivant des limites strictes.

La question posée quant à l'agent contractuel relève également de ce débat. Lorsqu'a été étudié la sécurisation des agents contractuels précaires, un dilemme presque cornélien s'est imposé : protéger l'agent contractuel en contraignant les relations contractuelles ou conserver la liberté contractuelle. Le droit du travail a déjà répondu auparavant à cette question, en énonçant des règles strictes afin de rééquilibrer la relation contractuelle entre le salarié et l'employeur, faisant ainsi primer la protection au détriment, en partie, de la liberté contractuelle. Malgré les belles illusions accompagnant le contrat, le caractère faussement « nouveau » de la convention et l'impression d'une fonction curative s'y attachant, le droit de la fonction publique semble forcé d'emprunter progressivement le même chemin que le droit

⁹⁹⁹ MAUPAIN (Francis), « *L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière : peut-on réguler sans contraindre ?* », Bureau International du Travail, Institut International d'études sociales, 31 octobre 2012, 316 p.

¹⁰⁰⁰ www.larousse.fr

¹⁰⁰¹ *Ibid.*

du travail. Si on souhaite protéger l'agent contractuel, il faut contraindre les parties à assurer cet objectif. La liberté contractuelle dont disposent les parties s'accompagne bien souvent d'un certain déséquilibre, parfois même plus criant qu'en droit privé, en droit public qui peut voir ces inégalités justifiées par des impératifs d'intérêt général.

Le contexte économique et de l'emploi en général constitue un terreau fertile pour les comportements abusifs, les rapports de force étant nécessairement déséquilibrés. Il est donc plus fréquent de constater des situations abusives consenties par la personne elle-même abusée. Face à ces impératifs, les règles statutaires protectrices dont relèvent les fonctionnaires ont tout simplement été, pour partie, étendues aux agents contractuels. Toutefois, cette vision n'est pas partagée par tous, certains déplorant l'impossibilité de s'adapter, de moduler les règles en fonction des situations à travers les clauses contractuelles. Autrement dit, les règles statutaires étendues sont protectrices, mais au détriment de ce qui fait l'intérêt du recours au contrat : la liberté.

229 – Des règles statutaires efficaces

Lorsqu'on s'attache à nouveau au statut de l'agent contractuel et aux dispositions nouvelles visant à étendre davantage les dispositions dédiées aux fonctionnaires, force est de constater qu'il s'agit d'une certaine consécration des règles statutaires et de leur caractère protecteur. Toutefois, ces dernières apparaissent également comme très efficaces. Si l'on s'attache à l'accueil reçu par les nouvelles dispositions relatives aux agents contractuels dans la fonction publique, il apparaît que l'action a été jugée utile. En effet, bien que les questions soient étonnamment réglées par la voie statutaire, comme la rémunération ou encore la période d'essai par exemple, et que de nombreuses extensions laissent dans leur sillage certaines questions notamment sur la persistance dans l'avenir de la distinction entre le fonctionnariat et le non titulariat, les dispositions semblent répondre à un véritable besoin. Lassés d'opposer un univers structuré et balisé à un monde bien plus vaporeux, les règles statutaires apparaissent efficaces dans deux domaines, concernant d'une part, la redéfinition par un cadre, et d'autre part, la nécessaire sécurisation des situations. En effet, le débat peut se prolonger, certains demeurant hostiles à l'extension de règles statutaires muselant la liberté contractuelle ; néanmoins, lorsque l'objectif est de sécuriser, on ne peut qu'avouer l'efficacité des dispositions afin de poursuivre cette volonté.

La citation énoncée, extraite d'une des fables de Jean de La Fontaine, reprend la formule bien souvent employée dans le langage courant : « *Chassez le naturel, il revient au galop* ». En effet, s'il est constaté que les règles statutaires apparaissent comme les moyens les plus protecteurs dont on dispose afin de sécuriser l'agent contractuel, l'extension des règles relatives aux fonctionnaires vers l'agent contractuel pose tout de même question. On tente de s'émanciper des méthodes utilisées en droit de la fonction publique, d'employer un mode de recrutement davantage en accord avec les exigences contemporaines, mais indubitablement on se tourne vers la logique statutaire. Autrement dit, la logique statutaire s'impose malgré tout, « *tant le naturel a de force* »¹⁰⁰³. La logique statutaire, le particularisme de la fonction publique, serait « *le naturel* » en droit de la fonction publique : tel un réflexe, le naturel revient et s'impose malgré toutes les tentatives pour le dissimuler. Cette affirmation semble néanmoins souffrir de quelques incohérences puisqu'elle viendrait à reconnaître une certaine inconscience¹⁰⁰⁴ dans la méthode employée. Or, le choix tourné vers la logique statutaire semble bien conscient et volontaire. Dès lors, on pourrait entrevoir une autre justification, qui résiderait dans le fait que « *l'histoire est un perpétuel recommencement* »¹⁰⁰⁵. En effet, on pourrait entrevoir quelque chose de plus complexe dans ce réflexe inattendu et cette incohérence quant à la consécration d'une logique statutaire lorsque cette dernière est la plus décriée. L'histoire, dans un « *perpétuel recommencement* » impose parfois que l'on fasse le chemin inverse afin que les choses reviennent telles qu'au commencement. En quelque sorte, la justification du particularisme de la fonction publique et l'attachement à la logique statutaire se sont progressivement effacées et obscurcies. Confronté aux problèmes initiaux justifiant le particularisme, on revient ainsi progressivement à la logique statutaire. Ainsi, loin des positions parfois alarmistes et des fins funestes imaginées pour le statut, on reviendrait finalement à ce dernier, renforcé au contraire par toutes les tentatives l'ayant malmené. On retrouve d'autres exemples de réaffirmation de certaines notions lorsque ces dernières sont les plus menacées. Par exemple, la notion de service public, amoindrie considérablement en Italie, s'est vue réaffirmée par son absence. Les différents effets découlant de la privatisation ont conduit la doctrine à réaffirmer la nécessité d'une notion de service public lorsqu'on tente de réformer la fonction publique.

¹⁰⁰² Extrait de : LA FONTAINE (Jean), « La chatte métamorphosée en femme », livre II, 1668

¹⁰⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁰⁴ Termes employés suivant la définition suivante : « *Qui n'a pas conscience de quelque chose, qui ne s'en rend pas compte* », in : www.larousse.fr

¹⁰⁰⁵ Citation de Thucydide

2 – La nécessaire poursuite de l'extension des règles statutaires protectrices

231 – La poursuite du travail de sécurisation de l'agent contractuel

Comme cela a été expliqué à diverses reprises, on ne peut qu'accueillir positivement le travail entamé afin de sécuriser l'agent contractuel. L'effort doit ainsi nécessairement se poursuivre afin de répondre aux divers objectifs : d'une part, l'impératif de recadrage ; d'autre part, la protection de l'agent contractuel. Si les précisions apportées notamment par les décrets de 2014 et 2015 semblent traiter des différentes problématiques dans leur ensemble, on a pris soin de ne pas traiter les questions bâtissant la différenciation entre agents titulaires et non titulaires, comme la carrière. Ainsi, les décrets semblent aller « au bout » des extensions possibles, si l'on souhaite conserver une distinction entre les agents.

On se réfère alors à deux autres acteurs déterminants : l'administration et le juge administratif. La réussite et l'efficacité des dispositions étendues par les décrets de 2014 et 2015 dépendent bien évidemment du traitement de l'administration elle-même, et des juges administratifs dans leur travail d'interprétation et dans l'application des nouvelles dispositions : « *Il reste à savoir comment l'administration et le juge administratif se saisiront chacun dans leur domaine de ces nouvelles règles. Le contentieux est donc attendu* »¹⁰⁰⁶.

232 – Une proposition d'extension des règles statutaires à contre-courant

La proposition formulée visant à défendre la poursuite, puis l'affirmation, de l'extension des règles protectrices dont relèvent les fonctionnaires vers l'agent contractuel souffre d'un désavantage important. Si cette proposition paraît cohérente lorsqu'on traite d'une sécurisation, elle n'est néanmoins pas conforme aux indicateurs actuels. En effet, on ne cesse de revendiquer plus de souplesse, de flexibilité, face à un appareil statutaire sclérosant et surtout en inadéquation avec les exigences actuelles, comme celles relevant de la compétitivité. Étendre les règles statutaires vers ce qui est considéré comme l'échappatoire vers la liberté - le contrat - paraît ainsi totalement en désaccord.

On note dès lors une inadéquation entre les objectifs de sécurisation et les moyens pratiqués. La volonté politique, réaffirmée à maintes reprises visant à promouvoir la contractualisation et l'émancipation des règles « rigides », démontre un décalage entre des lignes politiques « théoriques » et la pratique. L'exemple de l'extension des règles protectrices vers l'agent

¹⁰⁰⁶ MONIOLLE (Carole), « Un renforcement des droits et de la logique statutaire des contractuels de l'État », in : *AJDA*, 2015, p 239

contractuel alimente à nouveau le caractère ambivalent de la fonction publique. On prône l'instrument contractuel tel une solution miracle, on élabore une construction législative avec une ligne politique assez claire démontrant de manière générale l'attachement aux mécanismes privatistes ; toutefois, on consacre malgré tout la logique statutaire en l'étendant afin de répondre aux problématiques mêmes de l'insertion contractuelle. Une fois encore, une incohérence transparaît dans l'étude de la fonction publique contemporaine, liée indéfectiblement à son particularisme, qui malgré toutes les tentatives pour le malmener perdure et resurgit.

233 – L'agent contractuel, la possible émergence d'un fonctionnaire *bis*

Lorsqu'on propose de poursuivre l'extension des règles protectrices vers l'agent contractuel, un risque majeur s'impose : progressivement, la différenciation entre agent titulaire et non titulaire paraît s'estomper. Il faut sécuriser l'agent contractuel en situation précaire ; néanmoins, si on étend la protection propre au fonctionnaire vers le contractuel, si ce dernier est aussi bien protégé que le titulaire, l'attrait d'un recrutement contractuel s'amointrit. Des différenciations subsistent, comme le système de carrière et son opposition au système d'emploi. Toutefois, les distinctions s'amenuisent telle une peau de chagrin, condamnant ainsi avec elles l'intérêt du recrutement contractuel.

On retrouve également deux intérêts justifiant encore le recours au contrat : d'une part, l'absence de concours, d'autre part, la possibilité de mettre un terme de manière plus effective à la relation de travail. De plus, puisque l'on prive progressivement le recrutement contractuel de ses éléments d'attractivité, il conviendrait peut-être d'y entrevoir un certain désintérêt. Le contrat ne séduirait pas, mais constituerait le seul moyen permettant d'échapper au concours et à une relation de travail « à vie ».

B – Le désaveu inattendu de la logique contractuelle

Lorsqu'on préconise de renforcer la logique statutaire et de construire un statut de l'agent contractuel stable et harmonisé, en découle nécessairement une certaine consécration de la domination statutaire (1). Toutefois, la domination statutaire s'explique par diverses raisons et, de façon extrêmement paradoxale, a toujours été latente. La logique statutaire imposée, la conséquence est inévitable : on assiste à un certain désaveu de la logique contractuelle (2). Si ces éléments ont parfois été traités antérieurement, il convient néanmoins de les reprendre et de les approfondir afin d'une part, de tirer toutes les conséquences d'une sécurisation axée

autour de la logique statutaire et d'autre part, de déterminer si le désaveu contractuel que l'on pourrait pressentir conduit nécessairement à la disparition progressive de la convention ou si les deux modes de recrutement ne seraient pas, finalement, interdépendants.

1 – La domination statutaire malgré les atteintes contractuelles

234 – Une domination latente¹⁰⁰⁷

De façon très paradoxale, la logique statutaire persiste et se renforce au contact de la logique contractuelle. Le contenu du contrat demeure très massivement régi par des dispositions statutaires, où des clauses contractuelles auraient pu être insérées¹⁰⁰⁸. Avec la proposition de poursuivre l'extension des règles statutaires protectrices vers les agents contractuels, la domination statutaire est affirmée¹⁰⁰⁹.

Néanmoins, la logique statutaire a toujours dominé, de façon latente parfois, avant même l'extension des règles statutaires et les questionnements qui sous-tendent cette dernière. En effet, tout d'abord, cette domination apparaît logique : il s'agit simplement de l'expression de la faveur allouée à la logique statutaire. Le principe demeure l'attachement à un système de carrière et à une approche statutaire, alors que le recrutement contractuel est une exception au principe. Des incohérences s'imposent : si l'on souhaite s'émanciper de la rigueur statutaire, si l'on constate que toutes les propositions, les rapports et la construction législative se tournent davantage vers le contrat, pourquoi privilégier des dispositions statutaires dans le contenu contractuel ? Toutes ces questions ne trouvent pas véritablement de réponses concrètes et sûres.

Divers arguments pourraient être invoqués : très simplement, il pourrait s'agir de la persistance d'une certaine habitude. Si cet argument peut paraître étonnant, il peut néanmoins être intéressant. En effet, l'explication du caractère habituel du recours à la logique statutaire se résumerait à considérer que l'on revient simplement à ce que l'on sait faire, ce pourquoi on a été formé, et enfin ce qui est pratiqué habituellement. Ainsi, tel un réflexe, on reviendrait à un certain automatisme en appliquant des dispositions statutaires lorsqu'on aurait pu employer une méthode contractuelle. Ce qui est intéressant dans cet argument, réside surtout dans la mise en lumière d'une certaine évidence : on tente d'insérer une logique, de façon relativement brutale, étrangère à la fonction publique. Bien que la méthode française soit celle

¹⁰⁰⁷ Il s'agit, avec le terme de « domination », de tirer les conséquences des constats effectués par la doctrine mettant en lumière un renforcement de la logique statutaire lorsqu'il est question de la situation des agents contractuels.

¹⁰⁰⁸ MONIOLLE (Carole), « L'effet attractif du fonctionnariat sur la situation des agents non titulaires », *loc cit.*

¹⁰⁰⁹ MONIOLLE (Carole), « Un renforcement des droits et de la logique statutaire des contractuels de l'Etat », *loc.cit.*

du « grignotage » progressif, la tentative d'importer une « culture » d'entreprise, une logique davantage privatiste, ne prend pas. Un changement de conception doit être progressif. On se retrouve dès lors dans une forme de métissage étrange : on recrute contractuellement mais le contenu de la convention est soumis quasi exclusivement à des dispositions statutaires.

Le deuxième argument qui pourrait être invoqué s'écarte de l'automatisme et consisterait bien au contraire à entrevoir dans la domination statutaire un échec prévisible de la logique contractuelle. Les vertus allouées au contrat ne viseraient pas à permettre plus de liberté, à promouvoir une certaine flexibilité, mais séduiraient davantage par la souplesse procurée face au statut, et non entre les parties. On assiste dès lors à une conception contractuelle extrêmement singulière, où la liberté entre les parties importe peu, pour l'employeur comme pour l'agent. Cela expliquerait ainsi le fait que l'attractivité contractuelle se résume presque à la phase de recrutement. Dès lors, on devrait davantage s'attacher à réformer le recrutement statutaire, l'adapter, puisque l'on y retrouve la principale raison de l'insertion contractuelle.

235 – Une domination renforcée

La domination statutaire est qualifiée de « latente ». Autrement dit, la domination statutaire ne serait pas visible, mais au contraire dissimulée par le recours au contrat qui attire davantage attention. Toutefois, elle se perçoit plus que distinctement à travers les différents éléments expliqués précédemment. Néanmoins, avec la proposition de poursuivre l'extension des règles statutaires, elle se renforce et se manifeste plus concrètement. Peut-être, dès lors, apparaît un véritable désaveu de la logique contractuelle. Le terme de désaveu peut paraître assez fort et brutal. La domination statutaire renforcée, conduirait ainsi à renier l'approche contractuelle pourtant mise en valeur ces dernières années. On pourrait également considérer qu'en démontrant un attachement à la logique statutaire, on refuse de reconnaître la logique contractuelle comme sienne : elle n'est pas le principe et il n'en sera pas autrement. Enfin, on pourrait également employer le terme de « désaveu » afin de démontrer que la logique contractuelle cesse d'être approuvée, reconnue comme la solution miracle. Il convient dès lors d'étudier le caractère singulier de la conception contractuelle en droit de la fonction publique et de comprendre si l'objectif de sécurisation suppose nécessairement l'abandon du recrutement contractuel ou du moins sa limitation.

236 – Une conception singulière de l'exercice contractuel

Traiter d'un désaveu contractuel apparaît comme un véritable paradoxe. En effet, à l'heure où on ne cesse de s'inquiéter de voir dans l'avenir « *une fonction publique sans fonctionnaire* »¹⁰¹⁰, où le contrat est préconisé dans de nombreux rapports, il apparaît bien étonnant de traiter d'un désaveu de la logique contractuelle. Les raisons amenant à ce « désaveu », ce reniement de la logique contractuelle pourtant plus habituellement alloué, ont été expliquées précédemment. Toutefois, un point concentre l'attention : la constatation d'une conception singulière de l'exercice contractuel.

Il apparaît que le premier tort soit de comparer ou d'assimiler systématiquement l'approche contractuelle « publique » à l'approche contractuelle privatiste. En effet, le contrat a toujours été présent en droit de la fonction publique : il n'est pas nouveauté. Si différentes théories contractuelles ont pu être édifiées, la convention demeura davantage l'apanage du secteur privé. Nécessitant par essence des rapports déséquilibrés afin que puisse s'exercer la puissance publique, le contrat est apparu très rapidement dans le secteur public comme un moyen afin d'asseoir précisément cette puissance publique. Utilisé en droit de la fonction publique, il précarise plus qu'il ne protège. Dans le secteur privé au contraire, le contrat est le moyen le plus efficace afin de rétablir l'égalité entre les parties, afin d'exprimer des volontés mutuelles. Toutefois, une certaine désillusion contractuelle apparaît dans le secteur privé : le contrat n'est pas le lieu du « juste », bien au contraire, les inégalités s'y complaisent et se voient exacerbées par la convention. Ainsi, différentes branches du droit encadrent et limitent la liberté contractuelle : le droit du travail, le droit de la consommation, le droit d'auteur, etc... Les leçons précédemment tirées par le droit privé ne semblent pas avoir été assimilées complètement en droit public, en droit de la fonction publique notamment, puisque étonnamment un certain engouement pour la convention se ranime peu à peu. Bien que le droit public ait toujours été plus pragmatique et réservé concernant le contrat, peut-être que l'engouement tardif démontre tout simplement un certain décalage avec le secteur privé et que la remise en cause contractuelle face à la persistance de l'approche statutaire, malgré toutes les tentatives pour la malmener, pourrait être identifiée comme la phase de désillusion remarquée en droit privé. Toutefois, l'argument de la « désillusion » peut souffrir de quelques

¹⁰¹⁰ JEAN-PIERRE (Didier), « Une fonction publique sans fonctionnaires ? », *loc. cit.*

tempéraments et éléments contraires, puisqu'on retrouve bien dans l'utilisation contractuelle en droit de la fonction publique la conception publiciste du contrat qui se singularise. En droit public, et ainsi en droit de la fonction publique, le contrat est un véritable instrument, une variable d'ajustement tranchant justement avec la rigueur statutaire. Malléable, il est tantôt un instrument de puissance publique, tantôt un mécanisme de complément : il permet d'ajuster le recrutement aux besoins. La singularité du contrat en droit de la fonction publique se distingue par le désintérêt des parties. Le contrat n'est pas le lieu des parties, la liberté contractuelle finalement importe peu ; il permet davantage de compléter le statut et de s'adapter aux besoins. Peut-être ainsi tente-t-on en vain de faire du contrat un opposant solide au principe, sans même prendre en compte sa caractéristique de mécanisme de complément.

Toutefois, il convient de nuancer fortement l'annonce d'un désaveu contractuel en marche, ou à prédire, puisqu'on ne cesse de constater un décalage franc entre les propositions et le travail législatif, et les problématiques découlant de l'exercice contractuel. Si le contrat semble bien loin du désaveu et du reniement dans la construction législative, cette question se pose davantage dans le statut de l'agent contractuel, *via* l'extension des règles statutaires et la limitation du contrat à un support. Ainsi, il est bien compliqué de distinguer si le contrat est un mécanisme prôné, le seul à pallier la rigueur statutaire, ou décrié implicitement par son inefficacité à dominer une approche statutaire persistante.

237 – Une fonction publique sans contrat ?

En vertu des critiques énoncées précédemment concernant le défaut d'une vision globale et à long terme du recrutement, il convient d'appréhender les deux modes de recrutement conjointement. Le statut semble, malgré tout, trouver sens avec le contrat. L'exception renforce la règle et finalement la domination statutaire se distingue. Le contrat, au contraire, se voit limité, contenu face au statut. L'exception séduit, mais demeure une exception. Autrement dit, les deux modes de recrutement fonctionnent ensemble, encore faut-il consentir à la place qui leur est attribuée. Ainsi, il n'est pas raisonnable de souhaiter une fonction publique sans contrat, la convention est nécessaire afin de combler des besoins non permanents, certains emplois permanents. Prôner une fonction publique sans contrat serait une erreur.

Néanmoins, afin que les rapports ne soient pas à distinguer dans l'exercice, mais soient clairement établis, il convient de redonner au recrutement contractuel son caractère exceptionnel. Dès lors, la proposition de conserver un mécanisme contractuel exceptionnel au

côté du principe, le recrutement statutaire, implique divers éléments : d'une part, un attachement renouvelé à la logique statutaire et, d'autre part, des mesures visant à redonner au recrutement contractuel son caractère d'exception. Ainsi, le recours au contrat doit être encadré et contrôlé. Une certaine rationalisation du recours au mécanisme contractuel s'impose.

Chapitre 2 : La réaffirmation de l'attachement au statut de la fonction publique

Après le traitement de la précarité sous le prisme de l'agent non titulaire, il convient dorénavant d'aborder les propositions nécessaires afin de renforcer l'approche statutaire, l'objectif étant de pallier une dualité menaçante, et de permettre de sécuriser les agents titulaires et non titulaires précaires. Pour renforcer l'attachement à la logique statutaire, il est indispensable de résoudre les difficultés qui ont conduit à la volonté de s'écarter du statut et de ne plus nier ces dernières, qui concernent le recrutement et le licenciement (Section 1). Toutefois, le renouvellement de l'attachement au statut exige nécessairement une certaine réhabilitation : l'approche statutaire est une approche efficace et sécurisante (Section2).

Section 1: Vers une refonte du statut de la fonction publique

Le terme de refonte, « *l'action de remanier afin d'améliorer* »¹⁰¹¹, peut paraître bien ambitieux. Il ne s'agit pas de proposer de réformer l'intégralité du statut mais de poser des questions ciblées, faire des propositions concrètes afin de commencer un traitement « à la source » des problématiques abordées bien souvent de façon superficielle. Force est de constater que le recrutement contractuel apparaît comme un palliatif à l'effet parfois « placebo », ne permettant pas de mettre en œuvre les correctifs nécessaires. Il convient, dans un premier temps, de s'attacher aux points discutés de l'approche statutaire justifiant l'intérêt pour le recours contractuel : le recrutement et le licenciement (1§). Dans un second temps, afin de restaurer le statut et de mettre fin à la dualité sclérosante relevée dans la fonction publique, il convient de redonner au recrutement contractuel son caractère exceptionnel (2§). Le traitement des problématiques originelles comme la rationalisation du recours au contrat, apparaissent ainsi comme les propositions nécessaires afin de rétablir la sécurité et la lisibilité du statut de la fonction publique, aujourd'hui malmenées.

¹⁰¹¹ www.larousse.fr

1 § Une gestion plus efficace des problématiques statutaires

Le contenu contractuel étant encadré principalement par des dispositions statutaires, il semble que ce ne soit pas le contrat lui-même qui séduise mais les possibilités encadrant le début et la fin de la relation de travail. Le recrutement statutaire étant décrié pour diverses raisons, comme des concours trop académiques par exemple, il convient ainsi d'étudier les difficultés relevées et de proposer des solutions afin de contenir l'engouement contractuel sur ce point (A). L'impossibilité de licencier, ou plutôt la difficile révocation font du recrutement statutaire un véritable challenge aux conséquences dissuasives. Il convient ainsi de répondre efficacement à cette problématique, de proposer des alternatives et de dégager des solutions visant une fois encore à contenir le recours au contrat (B).

A – Le recrutement : l'enseignement d'une attractivité contractuelle

À travers l'attractivité contractuelle, les difficultés du recrutement statutaire ressortent distinctement. Le recrutement est l'objet de diverses critiques axées principalement autour du caractère académique et scolaire de l'évaluation des futures recrues (1). On déplore bien souvent que le concours ne soit plus en adéquation avec les besoins actuels et que l'individu recruté ne soit pas au cœur de l'évaluation. Désireux d'un recrutement à l'image du secteur privé, on regrette le délaissement de tous ces aspects tout en devant conjuguer les nécessaires changements avec le recrutement au mérite s'imposant pour les serviteurs de l'État. Diverses propositions peuvent être envisagées afin de répondre à la source des problèmes : une prise en compte des profils, une meilleure adaptation des voies interne et du troisième concours par exemple pourraient permettre de poursuivre les efforts entamés et pallier plus efficacement les difficultés (2).

1 - Des améliorations visant à renouveler le concours

238 – Le recrutement : une préoccupation très actuelle

Le principal blâme adressé au concours se concentre sur son caractère inadapté de façon générale. Que ce soit concernant le concours externe, interne ou le troisième concours, on relève principalement une certaine inadéquation avec les exigences actuelles. Le concours apparaît comme un mode « usé » de recrutement. Au-delà de son aspect antique pour certains, il serait à l'image de la fonction publique et de ce qui est à proscrire : une fonction publique immobile, en mal de modernisation dont l'innovation effraie. Ainsi, le concours conserve les

éléments l'ayant construit dès l'origine : en vertu d'une volonté d'évaluer davantage un mérite que de réelles aptitudes, le concours demeure quelque peu académique.

Diverses propositions, émanant d'accords ou encore d'associations ou regroupements, ont pour objet l'amélioration des concours, tentant de prendre en considération les critiques tout en aménageant ces dernières avec les principes garant du « bon fonctionnement » de la fonction publique. Les propositions visent ainsi à renouveler le concours et à répondre en partie aux demandes. Toutefois deux avertissements préalables sont nécessaires : il ne s'agit pas de faire des propositions générales réformant entièrement le recrutement statutaire, le travail serait colossal et pourrait faire l'objet lui-même d'une thèse, mais il convient davantage de proposer des angles d'amélioration. D'autre part, ce n'est pas non plus l'occasion de répondre à toutes les critiques puisque, comme cela a été exposé précédemment, certaines de ces dernières méconnaissent l'objet de la fonction publique et les principes sur lesquels elle repose. Il convient de trouver un aménagement entre les garanties et principes, d'un côté, le nécessaire renouvellement du concours, d'un autre côté.

Bien que les critiques persistent, des efforts ont été engagés, ainsi qu'en témoigne la professionnalisation des concours et se poursuivent. Le projet d'accord « parcours professionnels, carrières, et rémunérations » apparaît comme un exemple probant. Marylise Lebranchu, alors Ministre de la décentralisation et de la fonction publique, a présenté le 9 juillet 2015 un tel projet aux organisations syndicales¹⁰¹². Toutefois, une situation quelque peu singulière s'est présentée : six organisations syndicales ont signé le projet d'accord, les six signataires représentant 49 % des agents publics selon les règles de calcul prévues par le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits des fonctionnaires, alors en cours d'examen au Parlement. Trois autres organisations syndicales ont refusé de signer l'accord : CGT, FO et Solidaires. Face à ce résultat étonnant, malgré six signataires, le gouvernement a décidé, le 30 septembre 2015, d'appliquer l'accord malgré les calculs et l'absence de signature des trois organisations syndicales dans les trois versants de la fonction publique¹⁰¹³. Outre ce point démontrant toute la complexité du dialogue social, le projet d'accord portait sur différents éléments importants. L'axe principal de l'accord est celui de l'attractivité de la fonction publique. L'accord présente différentes propositions visant à assouplir certaines procédures et à accentuer l'unité de la fonction publique, à travers un dialogue constant et égal entre les

¹⁰¹² Ministère de la décentralisation et de la fonction publique, communiqué de presse : « Marylise Lebranchu présente le projet d'accord "parcours professionnels, carrières et rémunérations" aux syndicats de la fonction publique, pour une fonction publique attractive, exemplaire et proche des citoyens », 9 juillet 2015.

¹⁰¹³ www.vie-publique.fr

différents versants. En matière de carrière, l'accord porte sur une modernisation de cette dernière en la rendant plus attractive. De plus, l'accord propose une meilleure affectation des fonctionnaires sur les territoires, principalement pour pallier le manque d'attractivité de certaines zones urbaines, péri-urbaines ou rurales. Concernant la rémunération, un rendez-vous de négociation sur le point d'indice fonction publique en 2016 et des revalorisations salariales entre 2017 et 2020 permettront de reconnaître les différentes catégories de fonctionnaires, leurs qualifications et leurs compétences. L'objectif est ainsi de voir dans l'horizon 2020 une revalorisation des rémunérations.

Toutefois, le point intéressant la présente étude concerne le recrutement. En matière de recrutement, certaines propositions de l'accord peuvent être intéressantes. D'une part, l'accord préconise une transparence du recrutement et, d'autre part, il réaffirme l'attachement au recrutement par concours. En vertu du principe de transparence, certaines mesures visent à renforcer les principes régissant le recrutement dans la fonction publique comme le principe d'impartialité : par exemple, une personnalité extérieure à l'employeur sera associée, de façon systématique, au jury. De plus, les membres du jury seront formés en matière de prévention des discriminations, afin de garantir un recrutement sur la seule base du mérite. Ainsi, les diverses mesures présentées par l'accord permettent de réaffirmer le principe du recrutement par concours. Afin d'appuyer l'attachement au recrutement statutaire, l'accord préconise enfin de limiter sensiblement les recrutements sans concours aux seuls emplois à faible niveau de qualification.

L'association des directeurs des ressources humaines des grandes collectivités ont également formulé au préalable diverses propositions auprès de la Ministre de la décentralisation et de la fonction publique qui peuvent apparaître intéressantes¹⁰¹⁴. En matière de recrutement, on retrouve ainsi un constat partagé par de nombreux acteurs et d'ores et déjà exposés au cours de la présente étude. L'association réaffirme un certain attachement au recrutement par concours, en identifiant toutefois deux obstacles fondamentaux. Tout d'abord, le premier grief concerne la nature des épreuves du concours. La connaissance de la langue française et l'évaluation de l'expression écrite et orale peuvent s'avérer constituer des obstacles solides afin de recruter des agents dans des corps ou cadres de métier dont la maîtrise de la langue et de l'expression n'apparaissent pas comme des critères de compétence professionnelle. Ensuite, le deuxième problème est constitué par la complexité du système du concours

¹⁰¹⁴ Propositions de l'association des directeurs des ressources humaines des grandes collectivités à Madame la Ministre de la décentralisation et de la fonction publique, réforme de la fonction publique, 12 décembre 2012

s'ajoutant au système scolaire. Un certain décalage apparaît avec évidence : préparer un concours n'apparaît pas comme une priorité pour les jeunes diplômés, ni pour les expérimentés du secteur privé. Il convient dès lors de faciliter l'accès dans le secteur public pour les personnes mentionnées auparavant, qui perçoivent le concours « *comme un moyen incompréhensible de les empêcher d'entrer dans le secteur public* »¹⁰¹⁵. L'association propose ainsi certaines évolutions afin de faciliter l'accès à la fonction publique. L'accès simplifié pourrait viser les personnes démontrant des compétences avérées comme : les apprentis, les agents ayant réalisé un parcours d'insertion, les titulaires d'un diplôme permettant d'exercer dans des professions réglementées comme les infirmières par exemple, les titulaires d'un diplôme garantissant un niveau d'étude conforme aux attendus du grade sous certaines conditions, et enfin les agents ayant valorisé leur expérience professionnelle au travers d'un dispositif VAE ou REP.

A la lumière des exemples présentés, comme l'accord du 30 septembre 2015, divers enseignements peuvent être retirés, mais la principale conclusion qui pourrait être émise réside dans la préoccupation très actuelle que constitue le recrutement. Les critiques ont donc été entendues, puisque des réponses émergent. Néanmoins, ces dernières ne semblent pas suffisantes si, justement, on appose les griefs aux réponses formulées notamment dans l'accord de 2015.

2- Des propositions visant à poursuivre l'effort de modernisation en matière de recrutement

239- Concilier la modernisation avec la réaffirmation du recrutement par concours

Émettre des propositions et amorcer des idées afin d'améliorer un concours sévèrement critiqué, ne doit pas conduire à négliger les principes sur lesquelles la fonction publique se fonde. Ainsi, il convient de concilier un besoin de modernisation avec le recrutement par concours et ses « éléments incontournables ». L'accord du 30 septembre 2015 tente précisément d'accomplir une certaine conciliation en aménageant de possibles modifications tout en réaffirmant l'attachement à un recrutement sans concours. A l'image de la loi de 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires¹⁰¹⁶, l'accord démontre une certaine singularisation dans la démarche proposée. En effet, les rapports relatifs à la fonction publique, précédemment examinés, comme la construction législative en découlant,

¹⁰¹⁵ Propositions de l'association des directeurs des ressources humaines des grandes collectivités à Madame la Ministre de la décentralisation et de la fonction publique, réforme de la fonction publique, 12 décembre 2012

¹⁰¹⁶ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* : 21 avril 2016, n°0094, texte n°2

ont souvent eu le recrutement par concours pour cible. Académique, scolaire, moins moderne que le contrat tout en étant plus complexe, le concours présente de tels défauts que l'attachement au recrutement par cette voie ne semblait pas constituer un enjeu déterminant. Toutefois, la démarche présentée dans la loi de 2016 et, avant, dans l'accord de 2015 démontre une certaine rupture, puisqu'il est clairement formulé dans l'accord qu'il s'agit de réaffirmer l'attachement au recrutement par concours. Si la question de l'efficacité des propositions accompagnant la volonté de réaffirmer l'attachement au recrutement statutaire se pose, la réaffirmation elle-même ne surprend pas et s'avère même partagée par différents acteurs. Par exemple, l'association des DRH des grandes collectivités commence également ses propositions en réaffirmant l'attachement au concours et en adoptant toutes les précautions nécessaires : souhaiter améliorer le concours ne veut pas dire que l'on réprovoce ce dernier. Ainsi deux éléments importants sont à souligner : d'une part, l'aménagement entre la modernisation du concours et la préservation de ce dernier constitue un enjeu, d'autre part, l'attachement renouvelé au concours apparaît également comme un point convergent entre le gouvernement et les praticiens de la fonction publique.

240 – Des améliorations insuffisantes

Les propositions émises démontrent un intérêt particulier pour le recrutement statutaire. Toutefois, à l'image de l'accord de 2015 ou encore de la loi déontologie de 2016, les réponses aux problématiques apparaissent une fois encore quelque peu insuffisantes. En effet, on propose de réaffirmer l'attachement au recrutement par concours à travers un principe de transparence accru ou encore *via* une unité renforcée dans la fonction publique. Bien évidemment, ces changements sont souhaitables et nécessaires, mais on ne peut prétendre à la résolution des problèmes découlant du recrutement statutaire avec ces seules mesures. Autrement dit, bien souvent on énonce des grandes lignes « politiques », mais avec peu de moyens afin de les mettre en application de façon effective. Lorsqu'on réaffirme l'attachement au concours, deux éléments apparaissent. Déjà, comme cela a été indiqué, on semble à « contre-courant » de la volonté exprimée auparavant tenant davantage à la généralisation du recours au contrat ; en outre, la seule énonciation de l'attachement au concours ne peut se suffire à elle-même. Peu de moyens sont mis en œuvre puisque la transparence, à travers l'obligation d'un jury extérieur dans la procédure de sélection par exemple, ne peut constituer la réponse principale aux problèmes soulevés. De plus, cette obligation peut également soulever d'autres questionnements. Si on souhaite associer un jury indépendant et impartial au recrutement, donc extérieur et autre que l'employeur. On pourrait

y entrevoir un certain manque de confiance ainsi qu'une remise en cause de l'impartialité des membres composant les jurys dans les procédures actuelles. Mais on pourrait également se demander si on ne se distingue pas à nouveau des modes de recrutement dans le secteur privé en imposant l'intervention d'une personne extérieure, influençant le recrutement à tel point que l'employeur ne le maîtrisera plus seul. De plus, une forme d'ingérence à travers l'intervention d'une personne externe peut également nourrir une certaine défiance envers les administrations. Toutefois, il s'agit de garantir que l'État ne puisse faire de faveur, et il faut à nouveau se focaliser sur la logique sur laquelle repose la fonction publique, bien différente de sa voisine privatiste. Les réponses rattachées aux grandes lignes dessinées par l'accord, n'apparaissent donc pas suffisantes et différents axes d'améliorations sont ainsi négligés par un certain manque de spécificité et de précision.

241 – Des propositions nécessaires

Comme cela a été exposé précédemment, les améliorations s'intégrant progressivement ne sont pas suffisantes, bien que les axes sur lesquels elles reposent paraissent intéressants. Un effort en termes de transparence, bien qu'il connote toujours une certaine défiance, s'avère essentiel, notamment afin de garantir le principe d'impartialité. La mobilité est également un point important, objet de presque toutes les dernières réformes mais qui demeure un chantier actuel. Sur ce point, l'accord de 2015 intègre une disposition faisant écho aux demandes des collectivités notamment : il propose que certaines professions réglementées puissent faire l'objet d'une mobilité plus efficace. Ainsi une infirmière scolaire dépendant de la fonction publique d'État, pourrait intégrer la fonction publique hospitalière sans devoir repasser un concours. Si les deux premiers axes d'améliorations semblent traités par l'accord de 2015 notamment, certains demeurent en suspens.

Concernant, tout d'abord, l'accès des jeunes diplômés, un problème persiste. Actuellement, seuls ceux souhaitant accéder à des postes de catégorie C peuvent bénéficier d'un recrutement direct. Cela apparaît comme une véritable problématique, notamment pour les jeunes ayant fini leur apprentissage et qui sont dans l'obligation de passer un concours alors qu'ils ont été formés par une administration et qu'ils ont déjà fait leurs preuves auparavant. Pose également problème le fait que les jeunes diplômés appréhendent avec difficulté l'intégration dans le secteur public, lorsqu'ils sont titulaires d'un diplôme garantissant un niveau d'étude conforme aux attendus d'un grade : l'association des DRH des grandes collectivités prend l'exemple d'un jeune ingénieur, qui devra passer un concours afin de devenir ingénieur territorial. Bien

évidemment, il ne s'agit pas de promouvoir un recrutement direct pour les personnes visées, mais des recrutements sur titre, finalement peu utilisés. Ce recrutement permettrait de simplifier le recrutement en allégeant les épreuves puisque les connaissances semblent attestées, pour l'apprenti comme pour certains jeunes diplômés ; il consisterait davantage à évaluer le parcours du candidat et surtout son sens de l'intérêt général à travers la transmission d'un dossier complet et d'un entretien spécialisé composé de professionnels du recrutement. Enfin, en matière d'accès des jeunes diplômés, une reconnaissance du doctorat généralisée et concrète serait également envisageable. Il s'agirait ainsi de répondre au besoin de modernisation de l'accès à la fonction publique pour certaines catégories d'agents, tout en préservant l'attachement au recrutement par concours.

Concernant ensuite l'intégration de personnes expérimentées venant du secteur privé, des améliorations s'avèrent nécessaires. Nombreux sont ceux qui se plaignent du troisième concours, jugé dissuasif par un académisme fort et dénonçant une prise en compte non effective de l'élément conditionnant pourtant leur présentation : l'expérience. L'allègement des épreuves à travers la professionnalisation des concours n'apparaît pas efficace. En effet, supprimer des matières n'est pas la réponse attendue ; du reste, une certaine incompréhension s'installe parfois dans les choix opérés. En effet, le troisième concours, comme le concours interne, nécessite un parcours simplifié et dégagé de l'académisme exigible pour les autres catégories d'agents. Une nouvelle fois, le recrutement sur titre pourrait apparaître intéressant : le candidat devrait remplir un dossier solide, démontrant sa motivation, sa conception du corps ou cadre de métier auquel il prétend, et surtout son expérience. Bien évidemment, avoir exercé durant de nombreuses années dans le secteur privé ne signifie pas que l'on peut devenir un bon agent public, les enjeux étant différents. Ainsi, l'entretien avec un jury spécialisé serait déterminant afin d'interroger le candidat, évaluer sa capacité à occuper un poste dans une administration et son sens de l'intérêt général et du service public.

B – Le licenciement : une possibilité séduisante de la logique contractuelle

L'autre point expliquant l'attractivité contractuelle réside dans la possibilité de se séparer de l'agent contractuel et de mettre fin à la relation entre ce dernier et l'administration. En droit de la fonction publique, différents mécanismes existent afin de sanctionner l'agent titulaire défaillant : la suspension ou encore la révocation. Toutefois, la stabilité de la relation conditionnant l'indépendance du fonctionnaire ou la sévérité de la sanction et ses conséquences limitent considérablement le recours à ces mécanismes (1). Des alternatives à

ce que l'on nomme communément le licenciement sont néanmoins envisageables et s'appliquent actuellement : la mobilité ou encore la formation sont des points cruciaux afin de limiter les risques de déconvenues (2). Néanmoins, puisqu'il convient d'insister sur la nécessaire conciliation entre la volonté de moderniser le statut et les principes garants du bon fonctionnement de l'administration, les propositions viseront davantage à renforcer les alternatives plutôt que de généraliser le licenciement.

1 – Les difficultés liées au licenciement dans la fonction publique

242 – Les conséquences du licenciement dans la fonction publique

Afin de traiter des problématiques découlant du licenciement, il convient de comprendre les conséquences de la généralisation de ce dernier. Tout d'abord, on traite de façon générale du licenciement, car s'est bien ce mécanisme qui est visé et demandé par certains dans le désir d'appliquer des méthodes propres au secteur privé. En effet, nombreux sont ceux qui reprochent la stabilité du statut et l'enfermement des fonctionnaires dans une situation protégée, qui n'alimente pas la notion de performance¹⁰¹⁷. Certains, comme cela a été traité auparavant, évoquent la possibilité de licencier l'agent comme un véritable moteur de crainte et de motivation pour ce dernier. Toutefois, il a été démontré que le licenciement n'était pas un moteur, bien au contraire, le risque ne renforçant pas des situations de travail propices au développement et à l'épanouissement. Mais surtout, les conséquences du licenciement s'avèrent beaucoup plus lourdes que dans le secteur privé, tandis que la négligence des principes est également à craindre.

Au préalable, dans le secteur public, si le licenciement n'est pas employé en tant que tel, des sanctions existent comme la suspension ou la révocation. La suspension est une phase intermédiaire, où le fonctionnaire bénéficie toujours de son traitement, notamment, mais où il n'exerce plus son activité professionnelle. La situation doit être définitivement réglée dans un délai de quatre mois ; autrement, si aucune décision n'a été transmise dans le temps imparti, l'agent sera rétabli dans ses fonctions. Il s'agit d'une mesure conservatoire et provisoire : elle ne peut être prononcée qu'en cas de faute grave ou d'infraction pénale. La révocation, quant à elle, est la sanction la plus lourde : conçue à l'origine afin de sanctionner les fonctionnaires négligents, indociles ou simplement inefficaces, elle est aujourd'hui davantage employée afin de sanctionner les manquements à la déontologie ainsi que les comportements nuisant à la

¹⁰¹⁷ Par exemple le rapport Silicani effectuée des propositions visant à renforcer la performance dans la fonction publique, jugée insuffisante : SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 95

réputation de l'administration et son devoir d'exemplarité¹⁰¹⁸. La sanction est lourde puisque : « la révocation [...] conduit au renvoi de l'agent infidèle, lequel cesse de faire partie des cadres de l'administration et se trouve dans la même situation que s'il n'avait jamais été fonctionnaire »¹⁰¹⁹. Autrement dit, la révocation ou le renvoi fait perdre à l'agent sa qualité de fonctionnaire, comme s'il n'avait jamais été agent titulaire, et lui ferme les portes de tout un secteur. Comparativement, s'il s'agissait d'un salarié d'une entreprise, ce dernier serait licencié de tout le secteur privé et ne pourrait donc pas postuler dans une autre entreprise. Il s'agit donc bien d'une sanction très lourde.

La révocation est précisément peu utilisée en raison de ses conséquences, mais on ne peut prétendre que l'administration n'a pas les moyens de sanctionner ses agents comme cela est souvent invoqué. L'administration dispose de moyens de sanctions allant jusqu'à la révocation ou la mise à la retraite d'office, faisant perdre à l'agent sa qualité de fonctionnaire. Une série de sanctions est même prévue par le statut, de la moins grave à la plus lourde : l'avertissement, le blâme, la radiation du tableau d'avancement, l'abaissement de l'échelon, le déplacement d'office, la rétrogradation, l'exclusion temporaire, la mise à la retraite d'office et enfin la révocation. Il faut donc fortement nuancer le « cliché » persistant laissant imaginer une administration démunie en matière de sanction. La conception séparant le grade de l'emploi conduit ainsi à de nombreuses difficultés en termes de sanctions, faisant de ces dernières - comme la révocation - des sanctions trop lourdes qu'on ne peut appliquer de façon généralisée. Il faut donc à nouveau insister sur le caractère singulier de la conception sur laquelle repose la fonction publique.

243 – Une négligence des principes

Il convient de rappeler à nouveau les principes sur lesquels la fonction publique repose afin de comprendre en quoi la généralisation du licenciement est difficilement envisageable. Au-delà des principes, il s'agit même davantage d'une conception particulière de la fonction publique, qui trouve de nombreuses justifications. Premièrement, ainsi que cela a été traité auparavant, le licenciement économique ne peut exister en droit de la fonction publique. En effet, ce point ne semble pas discutable puisque bien évidemment, l'État ne peut faire faillite. Ainsi, toute une partie du traitement du licenciement semble écartée ; lorsqu'on aborde ce dernier, ce ne sera que sous le prisme de la sanction. Ensuite, des sanctions existent, comme exposé précédemment. Toutefois, la conception de la fonction publique repose sur deux éléments

¹⁰¹⁸ JEANNARD (Sébastien), La révocation en droit de la fonction publique, in : *AJFP*, 2012, p 284

¹⁰¹⁹ PERRIER (EG), *De la révocation des fonctionnaires*, Thèse, Paris, Arthur Rousseau, 1903, p 20

importants : d'une part, la préservation de garanties essentielles au bon fonctionnement de l'administration et, d'autre part, une conception ne distinguant pas le grade de l'emploi, impliquant une vision générale et compromettant dès lors l'idée du licenciement comme il est conçu dans le secteur privé. Ainsi par exemple, l'indépendance des fonctionnaires dépend de la protection statutaire : la difficulté de se séparer des agents garantit une certaine probité, « *le respect scrupuleux des devoirs* »¹⁰²⁰ de l'administration. En effet, ne pas pouvoir sanctionner arbitrairement les agents servant l'État est une garantie fondamentale de l'indépendance de ces derniers qui concourt au bon fonctionnement de l'administration. Le principe d'indépendance est fondamental puisque ce dernier permet de distinguer les agents servant l'État du pouvoir politique, réaffirmé par la distinction du grade et de l'emploi, fondement du système de carrière. Encore une fois, certains semblent oublier l'essence même de la fonction publique. Si souhaiter généraliser le licenciement peut se comprendre, lorsqu'on « calque » la vision privatiste sur la fonction publique, bien vite l'idée trouve de sérieuses difficultés. On ne peut souhaiter que l'administration soit dépendante du pouvoir politique en place, risquant des sanctions arbitraires ou motivées par des raisons dépassant le seul cadre disciplinaire par exemple. Ainsi, le licenciement n'a pas les mêmes répercussions dans le secteur public, ce qui nécessite de sévèrement l'encadrer.

Il s'agit d'appréhender une conception singulière du licenciement. D'une part, on assiste aujourd'hui à un certain changement de signification concernant le licenciement. En effet, ce dernier est davantage appréhendé comme un instrument managérial est donc une possibilité offerte à l'employeur. Les organisations patronales réclament la simplification des procédures en matière de licenciement en droit du travail, par exemple. Or, le fait de mettre fin à la relation établie avec le salarié, comme avec l'agent public, devrait davantage être considéré comme l'ultime recours, comme un échec qu'il faut prévenir. Licencier n'est pas une chance ou un outil : c'est un échec de recrutement ou encore l'ultime solution afin de pallier des difficultés économiques. Ainsi, des alternatives sont possibles et doivent être appliquées. Le système de carrière comme la distinction du grade et de l'emploi offrent une vision générale du secteur public, qui ne serait pas basé uniquement sur l'emploi ou sur un poste déterminé. Si des difficultés découlent de cette conception, elle permet toutefois de pallier également la rupture des relations entre l'agent et l'administration en considérant que chacun, dans tout le secteur public, peut trouver un domaine lui correspondant. Recruté au mérite, en vertu de compétences significatives générales, si un agent ne correspond pas à un poste, il est possible

¹⁰²⁰ www.larousse.fr

qu'un autre puisse lui convenir. La mobilité dans la fonction publique apparaît dès lors comme une alternative au licenciement. Toutes ces questions traitant du licenciement apparaissent comme fondamentales dans le travail de sécurisation de la fonction publique.

2 – Les alternatives au licenciement dans la fonction publique

244 – La tentative d'intégration du licenciement du fonctionnaire

Il a été démontré qu'intégrer le licenciement, au sens du droit du travail comme cela est demandé par certains, s'accompagne de diverses difficultés. Ainsi, afin de développer toute proposition, il convient dans un premier temps de prendre en considération ce qui a déjà été essayé. Les tentatives visant à intégrer le licenciement ont échoué ; elles ont démontré une incompatibilité presque insurmontable entre l'idéologie dominante en droit de la fonction publique et les pratiques propres au secteur privé que l'on souhaite calquer sans s'attacher aux particularismes. Le licenciement du fonctionnaire a fait une entrée très discutée avec le décret du 12 novembre 2010 relatif à la situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'État¹⁰²¹. En effet, le décret de 2010 disposait dans son article 10 que « *le fonctionnaire qui refuse successivement trois postes qui lui sont proposés en vue de sa réintégration peut être licencié après avis de la commission administrative paritaire ou, s'il a droit à pension, admis à la retraite* ». Les dispositions de l'article 7 de la loi du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique¹⁰²², ainsi que le décret de 2010, ont alarmé les organisations syndicales, arguant qu'il s'agissait d'une introduction du « *licenciement économique dans la Fonction publique de l'État* », « *supprimant la garantie d'emploi, gage de neutralité des fonctionnaires* »¹⁰²³. En effet, les dispositions du décret d'application introduisaient une possibilité de licencier l'agent lorsque ce dernier refusait sa réintégration professionnelle, ce qui pouvait s'apparenter à des dispositions propres au licenciement économique. Une des promesses du gouvernement succédant à celui ayant introduit les dispositions susmentionnées, consistait à supprimer le licenciement de l'agent refusant successivement trois offres proposées en vue de sa réintégration. Ainsi, le décret n° 2010-1402 du 12 novembre 2010 a été abrogé par la loi du 20 avril 2016.

Divers enseignements peuvent être tirés. L'exemple du décret du 12 novembre 2010 démontre une certaine hostilité envers le licenciement témoignée par l'accueil glacial que les

¹⁰²¹ Décret n° 2010-1402 du 12 novembre 2010 relatif à la situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'État, *JORF* : 16 novembre 2010, n°0265

¹⁰²² Loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, *JORF* : 6 août 2009, n°0180, p 13116

¹⁰²³ www.cgt-mae.org

dispositions ont reçu auprès des organisations syndicales représentatives. Un décalage est décelé entre la volonté dégagée dans les dispositions et les besoins exprimés en pratique. Ces interrogations découlent d'une pratique visant constamment à comparer le secteur privé et le secteur public, sur des points pourtant divergents et singuliers : « on compare l'incomparable ». Si ces réflexes peuvent se comprendre et découlent d'une méconnaissance du droit de la fonction publique, il est difficile d'expliquer toutefois qu'un gouvernement intègre le licenciement, sachant l'incompatibilité du mécanisme avec les principes du droit de la fonction publique. Peut-être doit-on y entrevoir une réponse aux demandes répétées, en dépit de difficultés connues.

Outre le paradoxe inouï consistant à demander plus d'insécurité pour se conformer aux autres, c'est-à-dire les salariés du secteur privé, le licenciement est également l'objet de critiques conséquentes en droit du travail. Les organisations patronales ne cessent de demander une simplification et un allègement des procédures en matière de licenciement, qu'ils jugent trop lourd. Ainsi, le mécanisme étant décrié, il est étonnant de souhaiter l'intégrer dans le secteur public. On distingue une fois de plus l'illusion d'un secteur privé qui serait plus souple que le public.

Il apparaît ainsi incohérent de promouvoir un mécanisme contraire à l'identité de la fonction publique. Toutefois, il convient de répondre aux problèmes dénoncés tout en se conformant aux principes garantissant le bon fonctionnement de l'administration ou encore l'indépendance des fonctionnaires. Les alternatives au licenciement, existantes ou à améliorer sont les suivantes : la mobilité, la formation, et le recrutement.

245 – La mobilité

On traitera de la mobilité en s'intéressant plus particulièrement à la mobilité interne, celle relative à la circulation des agents dans leur fonction publique d'origine, mais aussi entre les trois versants de la fonction publique. Omniprésente dans les rapports et dans la construction législative, la mobilité est de toutes les propositions afin de moderniser la fonction publique. Cela a été abordé auparavant : la mobilité permet aux agents qui le désirent d'évoluer, de changer de poste et de s'accomplir dans la fonction publique dont ils dépendent ou dans une autre fonction publique. Les désaccords et les mésententes entre agents, conduisant parfois à une surenchère allant jusqu'au licenciement dans le secteur privé, peuvent se désamorcer *via* le dispositif de mobilité. Tout comme la frustration, le manque de motivation peut s'estomper, évitant dès lors la démission d'un agent pourtant compétent. De façon détournée, la mutation

permet à certains employeurs publics de se « débarrasser » d'un mauvais élément. Cette méthode intéresse également les grandes entreprises, qui utilisent désormais la mutation pour écarter certains salariés, ce qui constitue une solution bien moins coûteuse que le licenciement pour l'entreprise. Au-delà de toutes ces vertus, la mobilité convient surtout à l'idéologie de la fonction publique. En effet, la mobilité permet de concrétiser l'idée selon laquelle les agents titulaires, recrutés au mérite, disposent de connaissances et compétences larges leur permettant d'occuper différents postes. Cette polyvalence découlant de la distinction entre le grade et l'emploi permet ainsi de considérer que chaque agent est en mesure de convenir à un poste et que la mutation, finalement, est un outil au profit de l'agent n'ayant pas trouvé ce qui lui correspond. La mutation apparaît ainsi comme une alternative à la rupture de la relation de travail.

Il convient dès lors de conserver et d'étendre le dispositif de mobilité. En effet, si les réformes accordent une place prépondérante à l'objectif précité, ce dernier ne demeure pas complètement abouti. L'unité de la fonction publique ainsi que l'harmonisation des trois versants en dépendent. Néanmoins, des améliorations demeurent possibles. Différents freins à la mobilité sont identifiés dans différents rapports¹⁰²⁴. Si la mobilité est plus étendue contrairement aux idées reçues, les fonctionnaires utilisent généralement le dispositif afin de changer de postes, mais très peu souvent d'employeurs (1% des fonctionnaires en mutation). Des contraintes semblent contrarier le souhait de mobilité des agents : outre les obligations personnelles (famille, travail du conjoint, scolarité des enfants), on note certaines disparités entre les versants notamment concernant les régimes indemnitaires. Chaque ministère disposant d'un régime indemnitaire propre, de possibles pertes de rémunérations font obstacle aux volontés de mobilité. Le rapport de l'Inspection générale de l'administration relève également une deuxième difficulté incarnée par la différenciation en matière de taux de cotisation retraite : l'accueil en détachement de fonctionnaires de l'État s'avère ainsi coûteux pour les deux autres fonctions publiques. Enfin, en termes de recrutement comme souligné auparavant, certains agents sont dans l'obligation de passer un concours afin d'exercer dans une autre fonction publique, comme le démontrait le cas de l'infirmière travaillant dans la fonction publique d'État souhaitant exercer dans la fonction publique hospitalière. Certaines incohérences persistantes et d'autres découlant de spécificités propres aux trois fonctions publiques font obstacle à la mobilité, qu'il convient de développer afin de renforcer l'alternative au licenciement.

¹⁰²⁴ Inspection générale de l'administration, Inspection générale des finances, Inspection générale des affaires sociales, rapport : « Affectation et mobilité des fonctionnaires sur le territoire », Septembre 2013.

La formation apparaît comme une autre alternative au licenciement et ce, notamment, parce que la formation permet de pallier efficacement les difficultés rencontrées par l'agent. En effet, former l'agent lui permet de s'améliorer et de comprendre ses erreurs. Évidemment, la formation apparaît dès lors comme un dispositif efficace que l'on doit renforcer. En matière de formation, de nombreux progrès ont été opérés. Différentes lois et décrets d'application se sont succédé depuis la loi du 16 juillet 1971 portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente¹⁰²⁵, faisant de la formation un point clé. Toutefois, la formation est devenue « la formation tout au long de la vie » ; récemment, la loi de modernisation de la fonction publique du 2 février 2007¹⁰²⁶ s'est attelée à nouveau au renforcement du dispositif de formation. Néanmoins, si le dispositif de formation demeure lui aussi, comme la mobilité, au cœur des réformes apportant chacune de nouvelles dispositions, des difficultés persistent et il convient de répondre à ces dernières afin de renforcer l'alternative. Le rapport de l'Inspection Générale de l'Administration rendu en juillet 2014 sur la formation des agents territoriaux relève diverses difficultés et incohérences¹⁰²⁷. Si le rapport ne concerne que les agents territoriaux, certains constats s'avèrent très instructifs, comme les réponses aux problématiques transmises par le Centre National de la Fonction Publique Territoriale (CNFPT). En effet, le rapport a pour objet de dresser un bilan de la réforme de la formation (2007) « *quantitatif et financier, une approche par les acteurs de la politique de formation, un bilan des principaux dispositifs de la loi* »¹⁰²⁸, en proposant des améliorations afin de résoudre les difficultés relevées. Globalement, il s'agit d'un bilan en demi-teintes de la réforme de la formation puisque, si certains objectifs sont atteints, d'autres n'ont pas obtenu les résultats escomptés. Le rapport relève différents obstacles à l'appui de chiffres contrastés : une prise de conscience difficile des enjeux de la formation par les acteurs concernés, des modalités pédagogiques encore inadaptés, un public encore trop ciblé, une mutualisation non effective et enfin l'absence de nouveaux outils efficaces. Les chiffres démontrent ainsi très significativement les effets contrastés de la réforme : depuis 2007, le nombre de jours de formation par agent a baissé. En 2007, les jours de formation ont augmenté pour ralentir considérablement par la suite, la réforme ayant eu un effet immédiat mais temporaire. Différentes explications peuvent être apportées : « *une phase*

¹⁰²⁵ Loi n° 71-575 du 16 juillet 1971 portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente, *JORF* : 17 juillet 1971

¹⁰²⁶ Loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, *JORF* : 6 février 2007, n°31, p 2160

¹⁰²⁷ Inspection Générale de l'Administration, rapport : « la formation des agents territoriaux » ; Bilan, analyse et perspectives d'avenir, juillet 2014

¹⁰²⁸ *Ibid.*, p 5

de transition, une appropriation lente de certains dispositifs par les acteurs, une augmentation des effectifs de la FPT sur la même période »¹⁰²⁹. Toutefois, concernant les agents de catégorie C, « *la réforme a permis un rééquilibrage de la formation* »¹⁰³⁰ en leur faveur, ces derniers représentant plus de 75% des effectifs territoriaux.

Ce bilan peu satisfaisant s'explique par différents éléments : tout d'abord, les acteurs concernés ne mesurent pas encore l'enjeu représenté par la formation. Ainsi, « *la moitié des collectivités n'établissent pas leur plan de formation* »¹⁰³¹. Le rapport propose dès lors une mutualisation des plans de formation entre les communes et d'inscrire le plan de formation dans les orientations de la gestion des ressources humaines présentées à l'assemblée délibérante. De plus, les chiffres témoignent d'un recours modeste au droit individuel à la formation, au congé de formation professionnelle ou encore à la validation des acquis de l'expérience. Sur ce point, le rapport propose de mutualiser les financements. Des modalités pédagogiques inadaptées constituent également un deuxième obstacle majeur à la formation et sa généralisation. Il conviendrait dès lors de développer « *des journées d'actualité, des échanges de pratiques* »¹⁰³² et de créer un centre de ressources partagées. Un autre argument est invoqué : le bilan contrasté découlerait également de l'absence d'obligation de formation des agents non titulaires. Il conviendrait d'élargir le dispositif pour en faire bénéficier tous les agents. L'absence de dialogue et d'harmonisation est encore pointée du doigt dans le rapport : ce dernier propose en effet de mutualiser les plans de formation avec les autres versants de la fonction publique, à travers l'échange de places à l'échelle d'une région par exemple. Enfin, il est mis en cause une certaine inadaptabilité des outils mis à disposition afin de renforcer la formation. Il est ainsi proposé de moderniser le dispositif à travers de nouveaux outils comme un « *entretien obligatoire en milieu de carrière, une meilleure orientation des agents de catégorie C, la création d'une position statutaire de reclassement* »¹⁰³³.

247 – Le recrutement

Comme cela a été évoqué à diverses reprises, il est impératif de « bien recruter » afin d'évacuer les questions relatives à la fin de la relation entre l'agent et l'administration. Un bon recrutement permet de recruter des personnes compétentes, en adéquation avec les besoins formulés, ce qui, bien que le cours de la vie ne puisse être prédit, devrait éviter

¹⁰²⁹ Inspection Générale de l'Administration, rapport : « la formation des agents territoriaux » ; Bilan, analyse et perspectives d'avenir, juillet 2014, p 5

¹⁰³⁰ *Ibid.*, p 5

¹⁰³¹ *Ibid.*, p 6

¹⁰³² *Ibid.*, p 7

¹⁰³³ *Ibid.*, p 7

certaines désillusions. L'anticipation dans le recrutement s'avère ainsi la clé afin de construire une politique de prévention efficace ainsi qu'une alternative solide au licenciement.

Les alternatives proposées existent et sont d'ores et déjà l'objet de nombreuses réformes, toutefois, il convient de les renforcer afin de pallier certaines difficultés persistantes. La présence continue de la mobilité et de la formation dans les travaux, rapports ou construction législative, démontre qu'il s'agit bien de thèmes clés, constituant de véritables alternatives afin de répondre à des critiques statutaires trouvant justification, tout en préservant les principes statutaires, comme l'absence de licenciement économique, socles d'une fonction publique stable, efficace et indépendante.

2 § Une utilisation contractuelle rationalisée

Face aux différents constats opérés et à l'étude des effets de la pérennisation du contrat, il apparaît évident que la réponse contractuelle n'est pas la plus efficace sur le long terme. Afin de correspondre à l'objectif énoncé, autrement dit la sécurisation de la fonction publique, il apparaît opportun de se tourner davantage vers une rationalisation du recours au contrat. En effet, la rationalisation se distingue bien évidemment d'une éviction : il ne s'agit pas de supprimer le recours contractuel, dont le besoin est bien présent. Néanmoins pour que l'exception contractuelle demeure et qu'une stabilité l'emporte, il convient d'encadrer à nouveau le recours au contrat. Dès lors, la rationalisation du recours au contrat dans la fonction publique doit nécessairement s'accompagner d'une application des principes socles de la fonction publique sur la question de la pérennisation (A), mais également d'un contrôle renforcé de l'utilisation contractuelle (B).

A – La réaffirmation des principes à travers le contrat pérenne

Le recours au contrat pérenne a trouvé diverses justifications solides, à l'image de celle intéressant le plus la présente étude : la sécurisation des agents les plus précaires. Bien que la solution apportée ne soit pas insufflée par le droit européen, le choix français s'explique par divers arguments (1). Par ailleurs, la politique en matière de droit de la fonction publique, plus particulièrement en matière de recrutement, souffre d'un manque de vision sur le long terme. Sur cette question, la généralisation du contrat pérenne et l'installation durable du recours au CDI pose des difficultés qu'il faut anticiper (2). Alors que la jurisprudence, autrefois réfractaire, se résout à intégrer le contrat pérenne comme un « autre principe » aux côtés du

statut, revenant sur la jurisprudence *Bayeux*, la question de l'alternative sur le long terme constitué par le recours au contrat pérenne se pose néanmoins.

1 – Le contrat pérenne, une alternative temporaire efficace

248 – Le contrat pérenne, une alternative efficace

Le contrat pérenne a été initialement introduit afin de répondre à un objectif clair : la sécurisation des agents les plus précaires. Face à des CDD renouvelés successivement et excessivement, à la précarité des agents en CDD, la France a opté pour une étonnante introduction du contrat à durée indéterminée dans sa fonction publique. Toutefois, l'effet sécurisant est bel et bien présent. Si les effets de la loi Sauvadet demeurent assez flous et que l'on note d'importantes difficultés, principalement pour la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière, à présenter un plan prévisionnel de CDIisation clair, il n'en demeure pas moins que de nombreux agents ont pu bénéficier de la reconversion de leur contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. Comme souhaité et appuyé par les directives européennes, le recours au contrat de façon générale est encadré ; la reconduction de la convention en contrat à durée indéterminée est également définie par de nombreuses dispositions. Ainsi, l'efficacité de l'alternative contractuelle ne peut être discutée. Néanmoins, on emploie le terme « *d'alternative* » : « *succession d'états opposés qui reviennent plus ou moins régulièrement* »¹⁰³⁴. Initialement employé afin de démontrer « *la succession de deux états* », le recours contractuel étant une alternative au recours statutaire, la première définition démontre bien qu'il s'agit d'une succession de recours opposés, s'alternant régulièrement malgré la préférence pour un des deux modèles. Autrement dit, l'emploi du terme « *alternative* » vise à rappeler que si le recours contractuel, plus précisément au contrat pérenne, démontre une efficacité certaine, il n'en demeure pas moins l'exception d'un principe, démontrant dès lors des effets bien moins opportuns comme l'aggravation d'une certaine dualité. Cela a été indiqué à diverses reprises : le contrat pérenne produit des effets nuancés. Tout d'abord, dans son objectif de sécurisation : ce dernier n'est pas déployé en adéquation avec l'ampleur du problème, la précarité. Mais également, il demeure une réponse aux effets ambigus puisqu'au lieu de traiter les « *sources* » de la précarité, au contraire il semble les alimenter. Le contrat pérenne s'avère ainsi efficace, partiellement, mais il demeure une alternative, une solution « *opposée* », en périphérie de celles traitant la précarité dès ses origines.

¹⁰³⁴ www.larousse.fr

L'absence de vision sur le long terme en matière de recrutement fait échouer certaines tentatives d'amélioration. Il se pourrait que le contrat pérenne fasse partie de ces « échecs » à prévoir. L'absence d'une vision générale, permettant de traiter des problématiques dès leurs origines en se projetant vers l'avenir, donne lieu à de nombreuses réformes jugées parfois « cosmétiques » ou « superficielles ». On réagit dans l'urgence, en cherchant un traitement à l'efficacité immédiate. En effet, le contrat pérenne sécurise rapidement les agents, pour ceux visés, en précarité. Les origines de la précarité sont diverses, mais s'axent pour les principales autour du recours contractuel lui-même. La précarité des agents, non titulaires principalement mais titulaires parfois, découle d'une dualité de la fonction publique où s'opposent deux conceptions, l'une que l'on consacre et l'autre que l'on souhaite implanter avec force. Le principe est synonyme de protection pour diverses raisons indiscutables, tandis que l'exception impose au contraire, par sa temporalité *a priori* réduite et son caractère précisément « exceptionnel », une certaine insécurité. Le contrat s'impose dès lors comme une variable d'ajustement.

Toutefois, la conception contractuelle innervant progressivement la fonction publique démontre également une ambition forte pour ceux qui souhaitent la promouvoir. Concrètement, on souhaite voir l'exception devenir règle afin de poursuivre une nouvelle idéologie, davantage gestionnaire. Il semble que les origines de la précarité dans la fonction publique se trouvent dans ce basculement, ce changement d'idéologie, progressif et peu consenti. Le contrat pérenne apparaît dès lors comme une avancée, un pas de plus pour l'idéologie gestionnaire qui grignote progressivement le terrain. Autrement dit, à court terme, le contrat pérenne sécurise des agents en précarité, mais à long terme il renforce la dualité de la fonction publique et le changement d'idéologie menaçant le principe statutaire. Il s'agit d'une alternative temporairement fructueuse.

2 – Le contrat pérenne, une alternative écartée sur le long terme

250 – Écarter ou supprimer ?

La proposition formulée dès l'intitulé peut paraître étonnante et apparaît à contre-courant puisqu'au contraire d'un exil forcé, le contrat pérenne se généralise. La construction législative, tout d'abord, s'est élaborée rapidement autour d'une consécration du contrat pérenne en 2005 et d'une généralisation de la convention avec la loi Sauvadet de 2012.

Ensuite, bien que réticente, la jurisprudence s'est progressivement adaptée aux changements conceptuels, consistant en la lourde tâche d'aménager le principe statutaire et la reconnaissance du contrat pérenne. Progressivement, un certain « rejet » du recrutement contractuel à durée indéterminée s'estompe et s'érode, à l'image de la jurisprudence *Bayeux*, qui bien que non « renversée », « n'en apparaît pas moins fortement érodée »¹⁰³⁵ lorsque le Conseil d'État, dans un arrêt du 30 septembre 2015¹⁰³⁶, reconnaît le recrutement initial en CDI concernant les agents occupant un emploi fonctionnel dans la fonction publique territoriale, sans obligation de déclaration préalable de vacance d'emploi. Écarter le contrat pérenne apparaît dès lors comme une tentative irraisonnée et infructueuse. Politiquement, tout d'abord, revenir sur la consécration du contrat pérenne, annoncée comme la résolution des problématiques liées à la précarité, n'apparaît pas envisageable. Bien évidemment, au-delà de la simple insertion du contrat à durée indéterminée, il s'agit d'une volonté politique plus large où le contrat apparaît comme un moyen pour mettre en œuvre une fonction publique modernisée et « gestionnarisée ». Il apparaît également compliqué d'expliquer aux agents contractuels qu'ils ne pourront désormais plus bénéficier de la sécurité, bien que fragile, du contrat à durée indéterminée.

Toutefois, il est question d'écarter sur le long terme le contrat pérenne, nullement de supprimer la convention. Le terme « écarter » trouve plusieurs définitions : « mettre entre deux objets, deux corps une certaine distance ; éloigner »¹⁰³⁷. La proposition viserait ainsi à éloigner le contrat pérenne, autrement dit à redonner plus de force à son caractère exceptionnel en l'encadrant par exemple. Une autre définition du terme « écarter » peut également s'avérer très instructive : « Faire disparaître un danger, un risque ou en éloigner, en différer l'éventualité, se prémunir contre eux ; détourner : Écarter tout risque de contagion »¹⁰³⁸. Autrement dit, « écarter » le contrat pérenne reviendrait à encadrer davantage le mécanisme, afin de faire disparaître le danger ou le risque qu'il présente, notamment dans la propagation d'un système dual de fonction publique.

¹⁰³⁵ DE MONTECLER (Marie-Christine), « L'oxymore et l'érosion de la jurisprudence *Bayeux* », in : *AJDA*, 2015, p 2105

¹⁰³⁶ CE, 30 septembre 2015, *Préfet des Pyrénées-Atlantiques ctre Communauté d'agglomération Côte Basque-Adour*, n°375730, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : novembre 2015, p 2105, note M.-C. De Montecler : « Considérant que les dispositions citées ci-dessus de l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984 autorisent le recrutement direct, sans publicité de la création ou de la vacance de l'emploi dont il s'agit ni concours, de fonctionnaires ou d'agents non titulaires, pour occuper les emplois fonctionnels dont elles dressent la liste ; que ces dispositions, qui ne fixent pas la durée des contrats de recrutement qui peuvent être proposés dans ce cadre, doivent être regardées comme dérogeant aux dispositions des articles 3-3 et 3-4 de la loi du 26 janvier 1984 qui régissent la durée des contrats conclus par les collectivités et établissements publics territoriaux en vue du recrutement des agents non titulaires pour occuper des emplois permanents ; qu'il en résulte que le recrutement d'un agent non titulaire, sur le fondement des dispositions de l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984, peut donner lieu à un contrat à durée déterminée ou à durée indéterminée ».

¹⁰³⁷ www.larousse.fr

¹⁰³⁸ *Ibid.*

Si la proposition apparaît inattendue, il convient néanmoins de rappeler brièvement les raisons justifiant les nécessaires précautions à mettre en œuvre quant au recours au contrat pérenne. Comme énoncé précédemment, il convient d'insister sur l'absence de sécurité du contrat pérenne, sur un long terme. En effet, si la convention protège dans l'immédiateté, elle renforce au contraire durablement la dualité de la fonction publique. Cela a été constaté, les agents de la fonction publique ont toujours eu un statut particulier depuis la naissance de l'État, puisque servir l'État n'est pas un exercice « commun ». Le statut trouve ainsi, malgré des atteintes, toujours force et réapparaît malgré tout là où ne l'attend pas. La fonction publique est critiquée, mais lorsque des drames frappent le pays tout le monde s'unit pour glorifier les fonctionnaires et agents non titulaires, dont les fonctions trouvent sens de façon plus significative, comme si servir l'État prenait toute son ampleur.

Toutefois, la nouvelle idéologie s'implantant progressivement dans la fonction publique, à rebours de certains principes et de « l'idée » d'une certaine fonction publique, menace cette dernière et le contrat apparaît comme le moyen de mettre en œuvre ce changement. Le contrat pérenne n'étant pas la solution lorsqu'on a comme objectif de contenir la précarité, il conviendrait dès lors de ne pas continuer dans cette voie. Il ne faut pas oublier que les propositions énoncées visent le recrutement sur le long terme. Il convient d'insister sur cet élément, puisqu'il ne s'agit pas d'écarter le contrat pérenne brutalement mais de proposer les correctifs nécessaires afin de contenir la précarité, qui priveraient de sens les propositions « superficielles » que représente le « pansement » contractuel.

Ainsi, après l'application de tous les correctifs réels traitant des problèmes dès leur origine et visant à répondre aux difficultés, la fonction prétendue sécurisante du contrat pérenne ne trouverait plus utilité et serait donc privée de sens. C'est à ce moment précis que l'on pourrait revenir sur le contrat pérenne, en encadrant davantage la convention comme une exception visant à sanctionner les comportements abusifs et non à apposer un autre recrutement pérenne aux côtés du statut. La réhabilitation statutaire permettrait l'éviction presque naturelle du contrat pérenne. Il s'agit d'un changement de conception, d'un retour à une fonction publique véritablement sécurisante et sécurisée. Le contrat pérenne étant un rouage d'une volonté politique et d'un changement idéologique, ce dernier ne trouverait plus raison d'exister avec l'abandon de ces volontés. Sur le long terme, il convient donc d'écarter le contrat pérenne.

B – La rationalisation de l'utilisation contractuelle

Réaffirmer l'attachement à un système de carrière et, de façon plus générale, au modèle statutaire ne peut s'effectuer qu'à travers certaines actions, d'une part, en travaillant sur les points statutaires critiqués et, d'autre part, en endiguant la contractualisation, en rationalisant le recours au contrat. Sur ce deuxième point, la rationalisation contractuelle ne peut s'exercer que par étapes. Tout d'abord, il convient de réaffirmer le principe statutaire (1), grâce à un encadrement du recours contractuel qui doit demeurer exceptionnel. Toutefois, le contrat subissant un encadrement assez strict, il semble davantage souhaitable de promouvoir le développement d'un contrôle de l'utilisation contractuelle et la poursuite accrue d'une transparence dans les recrutements (2).

1 – La réaffirmation d'une faveur statutaire

252 – Un principe statutaire protégé

Redonner au recrutement statutaire sa force de principe et rappeler son attachement à ce dernier semblent un objectif poursuivi actuellement par le gouvernement. En effet, la loi du 20 avril 2016, faisant suite au rapport Pêcheur se distinguant des travaux précédents, ou encore les accords dégageant un attachement au recrutement par concours démontrent une certaine volonté de consacrer à nouveau le principe statutaire. La volonté de contenir le recrutement contractuel semble également perceptible. Une circulaire du 22 juillet 2013 de la Ministre de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique destinée à la fonction publique d'État¹⁰³⁹ peut être prise en exemple. L'objet de la circulaire porte sur les cas de recours au contrat dans la fonction publique d'État. Faisant suite au protocole d'accord signé le 31 mars 2011, il est rappelé très distinctement que « *ce protocole a notamment réaffirmé le principe de l'occupation des emplois permanents des collectivités publiques par des fonctionnaires, posé à l'article 3 du titre Ier du statut général des fonctionnaires* »¹⁰⁴⁰. Toutefois, il est précisé que si des voies d'accès à l'emploi titulaire permettent de sécuriser des agents en situation précaire, l'encadrement du recours au contrat (les conditions, la durée...) « *sont des leviers essentiels pour prévenir la reconstitution de situations de précarité* »¹⁰⁴¹. Autrement dit, il est affirmé qu'un encadrement contractuel est nécessaire pour endiguer la précarité, faisant ainsi transparaître l'idée que les situations de précarité

¹⁰³⁹ Circulaire 22 juillet 2013, Ministre de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique, fonction publique d'État, n° RDFS1314245C

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*

¹⁰⁴¹ *Ibid.*

découlent bien du recrutement contractuel et qu'il faut réaffirmer la faveur statutaire afin de sécuriser la fonction publique. Néanmoins, la circulaire précise que, dans la lutte contre la reconstitution de telles situations précaires, la contribution des administrations de l'État est « *indispensable à la poursuite de cet objectif* », et « *exige des administrations un strict respect des conditions légales de recours au contrat et la mise en œuvre d'une procédure de recrutement plus transparente* »¹⁰⁴². Autrement dit, il est fait des recommandations appelant les bonnes volontés à poursuivre l'effort. Toutefois, il apparaît difficile de parvenir à une contention stricte du recrutement contractuel par diverses recommandations, appelant les administrations à plus de transparence et à respecter une procédure élémentaire en termes de formalisme comme le fait « *qu'aucun agent contractuel ne peut être recruté sans l'établissement préalable d'un contrat écrit, y compris pour pourvoir des besoins temporaires* » ?¹⁰⁴³ Si les administrations ont toujours des difficultés à appliquer des préalables indispensables, incontournables en droit du travail et dans les pratiques du secteur privé, on peut peut-être identifier certaines difficultés. On retrouve très distinctement le caractère inhabituel, en dehors des pratiques « familières », lorsqu'on traite de contrat, tout en soulignant bien que le contrat précarise dans la fonction publique et constitue une alternative opportune. Mais surtout, l'exemple précité démontre également un manque de moyens, de leviers clairs à mettre en œuvre afin de répondre concrètement aux objectifs louables consacrés.

253 – La rationalisation du recours contractuel

Différentes étapes sont essentielles afin de rationaliser le recours au contrat. La rationalisation est l'action de rationaliser : « *Organiser un processus de manière à accroître son efficacité* »¹⁰⁴⁴. L'emploi du terme « rationalisation » est donc bien distinct de l'idée de « contention », utilisé dans la pratique médicale, comme un « *procédé thérapeutique permettant d'immobiliser un membre, de comprimer des tissus ou de protéger un malade agité* »¹⁰⁴⁵. Il ne s'agit pas d'écarter un processus malade dont la précarité présenterait des risques de contagion mais de redonner au contrat sa véritable fonction et son caractère exceptionnel. La poursuite de l'efficacité contractuelle s'accompagne nécessairement d'un recadrage, *via* différentes étapes. Si certains pourraient arguer que l'objectif de simplification, demandé et très actuel, apparaît distancé avec l'accentuation de règles formelles ou

¹⁰⁴² Circulaire 22 juillet 2013, Ministre de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique, fonction publique d'État, n° RDFS1314245C

¹⁰⁴³ *Ibid.*

¹⁰⁴⁴ www.larousse.fr

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*

impliquant un encadrement renforcé, la prétendue complexification s'effectue dans la poursuite d'un objectif d'efficacité, garant au contraire d'un processus simplifié.

Les différentes étapes pourraient dès lors être les suivantes : tout d'abord, le processus de rationalisation commence nécessairement par la réaffirmation du principe statutaire. Si la première phase semble mise en œuvre, les leviers afin de poursuivre cette volonté font défaut. Ensuite, une des premières exigences tenant à la rationalisation porte sur une discussion quant aux règles tenant à l'encadrement du recours au contrat, et sur la convention elle-même. Différentes propositions ont déjà été énoncées : la réduction de la durée du contrat à durée déterminée, par exemple, renforcerait significativement le caractère exceptionnel du recours à la convention. La rationalisation du recours au contrat ne peut s'exécuter sans une limitation : il faut restreindre les possibilités de recours pour un encadrement plus efficace, en redonnant à la convention sa place d'exception. Ainsi la troisième phase, afin de permettre une limitation effective, doit nécessairement se traduire par une transparence des recrutements. Il est parfois compliqué de mesurer l'étendue du recours au contrat dans les pratiques et encore plus de contenir ces dernières. Dès lors, la poursuite d'un objectif de transparence s'avère primordial si l'on souhaite appliquer avec force un recours contractuel raisonné. La dernière phase consisterait ainsi en un contrôle du recrutement contractuel.

Si les phases sont claires et identifiées, elles n'en demeurent pas moins compliquées à mettre en œuvre puisqu'il s'agit d'un vaste travail et, surtout, puisqu'il convient de revenir sur la volonté primant depuis des années visant, au contraire, à généraliser le recours au contrat. Toutefois, s'il s'agit à nouveau de défendre la sécurisation de l'emploi public, la rationalisation et la limitation du recours au contrat dans le recrutement demeurent la seule réponse efficace.

2 – La mise en œuvre d'une rationalisation de l'utilisation contractuelle

254 – La transparence dans le recrutement

Afin de promouvoir un recrutement contractuel raisonné, il convient de limiter ce dernier. Ainsi la transparence et les obligations en découlant constituent les premiers leviers utiles dans la poursuite des objectifs. Très actuelle, la transparence dans la fonction publique est également au cœur de la loi du 20 avril 2016¹⁰⁴⁶, mais elle est très peu associée au recrutement. Étant au cœur de problématiques tenant davantage à la déontologie et à

¹⁰⁴⁶ Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* : 21 avril 2016, n°0094, texte n°2

l'exemplarité des agents, on impose par exemple *via* la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP) aux responsables publics la transmission de documents déclarant leur patrimoine et intérêts.

Toutefois, la transparence s'impose également en matière de recrutement, concernant la fonction publique territoriale, par exemple. Tout d'abord, la phase de recrutement débute par la création de poste. En effet, le premier procédé visant à garantir une transparence et une transmission des informations résulte dans la création de poste, relevant exclusivement de la compétence de l'assemblée délibérante qui doit créer le ou les emplois conformément aux différents cadres d'emplois. Les créations, modifications ou suppressions de poste sont contrôlées par les comités techniques qui doivent obligatoirement être consultés sur ces questions. Concernant le recrutement d'un agent non titulaire, la délibération doit obligatoirement comporter des mentions énumérées limitativement : motif, nature des fonctions, niveau de recrutement, etc... L'obligation de publicité s'impose également *via* l'obligation de déclarer la vacance d'emploi. Avant le recrutement d'un agent, une déclaration de vacance d'emploi doit obligatoirement intervenir et s'effectuera auprès des centres départementaux de gestion. La publicité des vacances d'emplois sera assurée par le Centre National de la Fonction Publique Territoriale (CNFPT). La transparence est ainsi présente dans les préalables au recrutement, avec une obligation de publicité et une obligation d'information que l'on retrouve avec certaines similitudes en droit du travail également¹⁰⁴⁷.

Toutefois, l'objectif de transparence doit être poursuivi : certaines propositions pourraient aller dans ce sens. Une des propositions du rapport rédigé par Bernard Pêcheur traitait de la transparence du recrutement à travers une proposition déjà formulée dans le livre blanc de Jean-Ludovic Silicani¹⁰⁴⁸ : la création d'une bourse commune de l'emploi public. Si la proposition émanant du livre blanc n'a « été que très imparfaitement mise en œuvre »¹⁰⁴⁹, elle fut toutefois reprise dans le rapport Pêcheur en poursuivant un objectif clair : simplifier en recensant les emplois vacants *via* une bourse commune. Les effets seraient bénéfiques : « pour les agents, il donnerait un accès équitable à l'information, pour les services, il offrirait un accès au plus large vivier possible »¹⁰⁵⁰, en permettant surtout une véritable transparence des vacances de postes. Commentée par Didier Jean-Pierre, le Professeur ajoute : « C'est

¹⁰⁴⁷ ALLAIRE (Frédéric), « L'accès à la fonction publique territoriale : entre droit administratif et droit du travail », in : *AJFP*, 2005, p 67

¹⁰⁴⁸ SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008, p 157

¹⁰⁴⁹ PECHEUR (Bernard), *Rapport sur l'avenir de la fonction publique*, Bibliothèque des rapports publics, La documentation française, 2013, p 97

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, p 97

aussi dans cet esprit qu'il faut lire la proposition relative à la création d'un groupement d'intérêt public pour animer et administrer une bourse de l'emploi public commune aux trois fonctions publiques afin de garantir la transparence des vacances d'emplois qui est un domaine dans lequel l'État n'est guère exemplaire »¹⁰⁵¹. La transparence est la garantie d'un recrutement sain, raisonné mais surtout contrôlable. Toutefois, la transparence permet également de répondre à une exigence des plus importantes : le devoir d'exemplarité de l'État. Comme cela a été invoqué à diverses reprises, l'État n'est pas toujours le plus exemplaire et s'accorde à lui-même ce qui semblerait inconcevable pour des entreprises privées. Or si l'État dispose de prérogatives de puissance publique et d'un exercice lui permettant d'avoir « les compétences de ses compétences », l'objectif de simplification invoqué s'avère bien dérisoire face au devoir d'exemplarité, qui porte une certaine réhabilitation de nos institutions et de la figure étatique de façon générale face à un scepticisme grandissant. Au-delà du recrutement, la transparence s'apparente aussi à une réhabilitation devenue primordiale.

255 – Le contrôle du recrutement contractuel

La transparence est la garantie nécessaire afin de permettre un contrôle de l'utilisation contractuelle. Le contrôle, bien qu'il connote parfois une idée de complexification et de suspicion, vise très clairement à s'assurer que le recrutement contractuel se rationalise et se raisonne : le recrutement contractuel doit demeurer une exception au principe statutaire, dont l'attachement se doit d'être renouvelé, et doit donc être employé de façon rationnelle, non généralisée. Toutefois, l'instauration d'un contrôle est conditionnée, comme en matière de transparence, à une certaine harmonisation, pour une vision plus globale du recrutement dans les trois versants de la fonction publique. Outre la poursuite d'une harmonisation entre les différents versants de la fonction publique, certaines propositions visent à instaurer un certain contrôle du recrutement contractuel. Le contrôle existe, de même que l'encadrement également *via* les motifs du recours au recrutement contractuel ; néanmoins, il est possible de poursuivre la dynamique en permettant d'ajouter certains ajustements comme l'affirmation « *dans la loi, pour les trois fonctions publiques, que le recrutement de contractuels pour occuper des emplois permanents du niveau de l'actuelle catégorie A n'est possible que sous réserve qu'aucun fonctionnaire n'ait pu être recruté »¹⁰⁵².*

¹⁰⁵¹ JEAN-PIERRE (Didier), « Le rapport Pêcheur : une réflexion nouvelle sur le statut des fonctionnaires », in : La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales, n°49, 2 décembre 2013, 2351.

¹⁰⁵² PECHEUR (Bernard), *Rapport sur l'avenir de la fonction publique*, Bibliothèque des rapports publics, La documentation française, 2013, p 110

Toutefois d'autres préconisations, notamment en matière de mutualisation, pourraient également s'avérer intéressantes afin de rationaliser le recrutement contractuel. Ainsi, outre la proposition visant à privilégier parfois le recours à l'intérim comme cela fut également proposé afin de pallier les difficultés posées par le contrat de vacation, le rapport Pêcheur énonce la préconisation suivante : « *Créer un centre de gestion des agents non titulaires des autorités administratives indépendantes et des établissements publics administratifs de l'État, pour les structures aux effectifs réduits* »¹⁰⁵³. Le centre de gestion des agents non titulaires viserait, à l'instar des centres de gestion départementaux présents dans la fonction publique territoriale, à permettre aux administrations à faibles effectifs de bénéficier d'un centre afin de mutualiser certaines tâches, en favorisant la mobilité des agents. La mutualisation permet nécessairement une certaine rationalisation et un contrôle plus accru. La proposition traitant d'un contrôle ne vise pas à s'immiscer dans le recrutement, ni à priver les administrations de leur compétence dans le domaine, mais tout simplement à favoriser un recrutement contractuel raisonné, à travers des mécanismes prônant la mutualisation. Il s'agit de repenser l'utilisation contractuelle dans le recrutement, pour une vision globale et efficace.

Section 2 : Vers une efficacité statutaire renouvelée

Désormais il convient, une fois le statut réhabilité, de poursuivre la dynamique en réaffirmant son efficacité (1§). Le recrutement statutaire est efficace en termes de gestion des ressources humaines, contrairement aux idées reçues. Si des améliorations s'avèrent souhaitables, il est néanmoins nécessaire de rappeler la performance statutaire afin de renverser progressivement certaines conceptions distillées notamment par l'intégration d'une idéologie gestionnaire. Malgré les attentes et les nécessaires efforts, notamment en termes de modernisation, l'approche statutaire s'affirme comme la solution la plus efficace afin de sécuriser les agents dans la fonction publique. Le recrutement statutaire est garant de stabilité et de sécurité, tout en préservant les principes comme le démontre également le droit comparé (2§).

1 § Le statut, un outil de gestion des ressources humaines performant

Il a été démontré tout au long de l'étude que le statut, garant de stabilité et de sécurité, souffrait de nombreuses atteintes, idéologiques en premier lieu. La gestion des ressources humaines exprime très significativement ce dénigrement progressif et parfois infondé. Le statut peut être un outil performant en termes de gestion des ressources humaines (A).

¹⁰⁵³ PECHEUR (Bernard), *Rapport sur l'avenir de la fonction publique*, Bibliothèque des rapports publics, La documentation française, 2013, p 110

Toutefois, cette affirmation nécessite quelques nuances et exige de poursuivre l'efficacité statutaire par le biais d'améliorations (B).

A – La réaffirmation de l'efficacité statutaire

Après l'étude des différents constats et arguments présentés, il a été exposé que le statut constituait un outil efficace en termes de gestion des ressources humaines. D'une part, l'objectif poursuivi de simplification s'avère consacré à travers l'approche statutaire (1). D'autre part, la simplification opérée n'est pas au détriment de l'efficacité, bien au contraire (2). En effet, le recrutement statutaire se démarque également par son efficacité : la rémunération et la carrière sont de véritables leviers de performance dont l'absence fait parfois cruellement défaut dans une approche contractuelle.

1 – Une gestion simplifiée par l'approche statutaire

256 – L'harmonisation des règles applicables

L'approche statutaire présente une première vertu évidente : la simplification. En effet, les règles applicables sont unifiées et clairement anticipées. La rémunération, par exemple, est encadrée : le traitement correspond au grade et à l'échelon de l'agent. La rémunération du fonctionnaire est donc définie, comme l'ensemble des règles de gestion relatives à la carrière, à partir de dispositions statutaires et réglementaires fixées par la puissance publique. Le modèle statutaire présente ainsi certaines vertus attractives en termes de gestion des ressources humaines. La première réside dans le caractère harmonisé des dispositions, qui, tout en prenant en compte les différents facteurs de motivation tels que la reconnaissance de l'ancienneté et le déroulement de carrière, permet un traitement simplifié.

En effet, le travail des directeurs des ressources humaines est facilité, puisqu'ils procèdent indépendamment des personnalités et volontés individuelles des agents. Les règles sont ainsi claires et égalitaires et concourent à un gain de temps et d'efficacité. Néanmoins, et il s'agit du principal reproche formulé contre ce modèle statutaire, cette approche ne permet pas une prise en compte des qualités et des performances individuelles. Or si, toujours en prenant l'exemple de la rémunération, contrairement au secteur privé, la rémunération ne relève pas de la négociation collective, le nécessaire dynamisme devant être mis en œuvre en termes de gestion des ressources humaines place la rémunération comme un élément crucial du dialogue social. En effet, l'article 8 de la loi de 13 juillet 1983 dispose notamment que : « *les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour conduire au niveau national avec*

le Gouvernement des négociations préalables à l'évolution de la détermination des rémunérations »¹⁰⁵⁴. Le modèle statutaire, comme le démontre l'exemple de la rémunération, n'exclut donc pas, bien au contraire, le dialogue social.

La deuxième vertu de la conception statutaire réside également dans l'approche collective qui en découle. Loin d'une conception individualiste, le sens du collectif consacré par le statut permet une fois encore de préserver les principes fondateurs de la fonction publique. Le principe d'égalité, par exemple, est consacré : cela permet d'éviter certaines problématiques présentes dans le secteur privé, comme en matière de rémunération et d'égalité homme-femme. Si les femmes trouvent toujours grande difficulté à occuper des postes à haute responsabilité, comme le démontrent les statistiques significatives relevées dans la fonction publique hospitalière, l'inégalité en matière de traitement et de rémunération n'est pas un problème aussi épineux que dans le secteur privé, les dispositions statutaires et réglementaires encadrant les différentes questions. Le principe d'indépendance des fonctionnaires vis-à-vis du pouvoir politique est également préservé par la conception statutaire et les dispositions en découlant puisque ces dernières évitent tout moyen de pression, ou, au contraire, de récompense.

257 – Un traitement égalitaire des agents

Prolongeant l'affirmation d'une gestion des ressources humaines simplifiée et permettant une préservation des principes fondateurs, le traitement égalitaire des agents permet ainsi la consécration du devoir d'exemplarité de l'État. Véritable enjeu actuel, où ne cesse de se manifester un certain scepticisme quant à l'exercice de la puissance étatique, le traitement égalitaire des agents permet de démontrer à nouveau que l'État ne peut avoir ni de préférence, ni de rancune, et que les agents à son service sont considérés de façon égale et symétrique. Il s'agit d'insister une fois encore sur la conformité entre l'approche statutaire et la nécessaire préservation des principes fondateurs régissant la fonction publique.

L'égalité de traitement, puisqu'elle ne laisse que peu de place aux individus et à leurs aptitudes, est souvent davantage envisagée comme de « l'égalitarisme ». Égalité et « égalitarisme » sont deux notions à distinguer, ce qui constitue un débat très actuel. L'égalité, composante de la devise de la République et principe constitutionnel, se trouverait menacée par une vision « jusqu'au-boutiste » : l'égalitarisme. L'égalité est associée au progrès,

¹⁰⁵⁴ Loi n°83-634 du 13 Juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors, *JORF* : 14 juillet 1983, p 2174, article 8

puisqu'elle permet de respecter l'équilibre de la société, chacun disposant des mêmes droits en échange des mêmes devoirs. L'égalitarisme au contraire est envisagé comme un danger : « doctrine, attitude de ceux qui considèrent que les personnes ne présentent pas la moindre différence de droits, de valeur »¹⁰⁵⁵, il revient à gommer les différences, en ne prenant en considération que les droits découlant de l'égalité et non les devoirs. Nombreux sont ceux qui critiquent la vision « égalitariste » et qui s'interrogent : « Une société peut-elle survivre sans prendre en compte les facteurs de différenciation individuelle et de hiérarchisation que sont l'esprit d'initiative, l'énergie créatrice, le courage, le goût de l'effort ou le talent ? »¹⁰⁵⁶. Autrement dit, contrairement à l'égalité, l'égalitarisme proposerait une vision excessive dont le nivellement par le bas serait un des effets les plus graves. Toutefois, l'égalité de traitement des fonctionnaires ne peut être envisagée comme de « l'égalitarisme », bien au contraire. Si certains arguent que l'absence de prise en considération des performances et qu'un traitement indifférencié des agents conduisent à une prise en compte de l'égalité à l'excès, d'autres relèvent dans une approche poussant la question de « l'égalitarisme » au maximum que cela conduirait, dans « un État parfaitement égalitaire » à abolir « tout concours de recrutement (procédure aristocratique de sélection des meilleurs) mais aussi tout examen (qui sanctionne un niveau attendu), car les inégalités sociales, culturelles ou linguistiques pourraient être invoquées pour justifier le caractère "injuste" de ces procédures sélectives »¹⁰⁵⁷. Ainsi, on ne peut affirmer que la logique statutaire prône une logique « égalitariste » comme cela est souvent reproché, puisque c'est bien le mérite et l'équilibre qui sont recherchés : dès lors, à mérite égal, traitement égal. Une fois encore, une certaine méconnaissance et un dénigrement de l'approche statutaire opacifient le réel objectif poursuivi.

258 – Le contrat pérenne : l'enseignement d'une complexification

En vertu des différents témoignages pris en compte auparavant, notamment concernant les directeurs des ressources humaines dans les collectivités, le contrat pérenne a démontré une première difficulté : une complexification en termes de gestion. En effet, la juxtaposition de règles éparées, parfois même contraires, ne facilite pas le travail en termes de GRH. Le contrat pérenne a alimenté cette complexification en introduisant des questions nouvelles par le caractère temporellement non déterminé de la relation : l'évolution de la rémunération ou tout simplement la carrière de ces agents voués à rester durablement dans les services.

¹⁰⁵⁵ www.cnrtl.fr

¹⁰⁵⁶ CITOT (Vincent), « Pour en finir avec quelques poncifs sur l'égalité (les dangers de l'égalitarisme en matière culturelle, économique et politique », in : Le Philosophoire, ed : Vrin, 2012, n°37, p 5- 9.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*

Autrement dit, un autre paradoxe s'expose : on reproche un caractère sclérosant au statut comme outil de GRH, on ajoute dès lors des exceptions visant à fluidifier la gestion, mais le résultat est contraire puisqu'on renforce une certaine complexification. Une fois de plus, les problématiques ne sont pas traitées en amont et de façon organisée. Au lieu d'ajouter certains correctifs, on développe des exceptions en les multipliant. Concernant la GRH, la réponse amorcée par le contrat pérenne n'est pas convaincante et appuie l'idée que le contrat pérenne ne peut constituer une réponse efficace sur le long terme.

2 – Une gestion efficace via l'approche statutaire

259 – Des leviers de performance

Corolaire de la simplification, l'efficacité en termes de gestion est renforcée par l'approche statutaire. En effet, différents leviers concourent à la performance. Tout d'abord, le système de carrière promeut une gestion efficace. La prise en compte de l'ancienneté, la progression de la rémunération sont autant d'éléments permettant de motiver les agents. Comme cela a été étudié auparavant, l'idéologie reposant sur une logique de la contrainte comme source de motivation, notamment dans le Taylorisme, a fortement été remise en cause depuis de nombreuses années. La performance découle de la motivation, or cette dernière ne peut être insufflée par la contrainte mais par un environnement propice. La stabilité, la sécurité et la perspective d'une progression récompensant les années de service sont autant de moyens permettant de motiver l'agent.

La logique statutaire présente ainsi différents aspects d'un environnement propice au développement et à l'épanouissement. Contrairement à certaines idées reçues, une approche collective et égalitaire n'étouffe pas la reconnaissance. En effet, la stabilité de la situation des fonctionnaires, la sécurité dont ces derniers bénéficient, confortent un certain épanouissement individuel vecteur de performance. L'absence de recherche de résultats « à tout prix » n'implique pas l'absence de résultats satisfaisants. En effet, la fonction publique, par son approche collective notamment, semble accorder bien moins d'intérêt aux résultats. Sauf que cette vision mérite également quelques nuances. Les résultats dans un service public par exemple, ne sont pas toujours chiffrés ; il ne s'agit pas de quantité, mais sont davantage relatifs au bon fonctionnement du service ou encore à la satisfaction des usagers. Une fois encore, on tente de transposer une logique consumériste ou entrepreneuriale à une fonction publique qui s'en distingue par essence. Les fonctionnaires disposent également d'une part variable de rémunération récompensant les performances individuelles. La vision collective,

l'application d'un traitement égalitaire n'exclut donc pas la prise en compte des performances individuelles.

Le statut est donc un outil de GRH efficace. Différents arguments peuvent étayer cette affirmation. Tout d'abord, la première démonstration pourrait découler de l'extension des règles statutaires vers l'agent contractuel. L'alignement contractuel sur le statutaire permet de retirer deux enseignements. D'une part, l'insertion contractuelle, dont le paroxysme est le contrat pérenne, complexifie la gestion des ressources humaines et conduit à une « double lecture ». Puisque de nouvelles questions sont abordées, on se tourne parfois vers le statutaire pour y apporter des réponses, et on multiplie ainsi les extensions et les dispositions voisines : par exemple, la rémunération devenant un enjeu pour des agents pérennes, on impose désormais une révision de cette dernière pour les agents contractuels, tous les trois ans. On assiste dès lors à un cumul de réponses, superficiellement empilées. On provoque, d'autre part, et surtout, un effet inverse consistant à renforcer la logique statutaire par l'extension de cette dernière en démontrant la solidité des réponses, avouant finalement l'efficacité de l'approche en termes de GRH.

260 – Le contrat pérenne, une démonstration de l'efficacité statutaire

Parmi les différents arguments attestant l'efficacité statutaire, la plupart proviennent du contrat pérenne et des difficultés qu'il provoque. Outre la question de l'extension des règles statutaires et du réflexe révélateur consistant à revenir au statut, d'autres éléments pourraient être mis en lumière. Le statut est un outil efficace, car il repose sur une logique collective et égalitaire. Le contrat pérenne a, contrairement à la volonté initiale, mis en évidence cette efficacité par les difficultés qu'il a soulignées. Par exemple, l'introduction et la généralisation du contrat pérenne peut amener à poser des problématiques affaiblissant sensiblement le service et son efficacité même. Comme le démontraient les DRH dans leurs témoignages¹⁰⁵⁸, la cohabitation entre agents titulaires et agents contractuels pérennes a entraîné quelques incompréhensions, jalousies ou sentiment d'inégalité. Les agents titulaires ne comprennent pas que les agents contractuels pérennes aient une rémunération plus élevée ou les agents contractuels regrettent de ne pas bénéficier d'une carrière aussi évolutive que les fonctionnaires. Autrement dit, la conception individualisée et différenciée entraîne des réactions négatives, qui agissent sur les performances, la motivation et l'épanouissement au

¹⁰⁵⁸ POIROT (Jean-Christophe), « CDI, un casse-tête pour DRH », in : *La lettre du cadre territorial*, 15 janvier 2011, n°414

travail. Si on regrette une approche bien trop lissée et égalitaire dans la conception statutaire, on s'aperçoit que le traitement individualisé n'est pas toujours vecteur de motivation et d'accroissement des performances. Finalement la conception égalitaire est efficace, évite les incompréhensions et le sentiment d'injustice, pour une bonne marche des services et un bon fonctionnement de l'administration. La GRH est simplifiée et efficace par un traitement collectif, réglementaire et statutaire, qui est égalitaire pour les agents, contrairement aux craintes d'anéantissement des individualités.

Il convient dès lors de promouvoir le statut comme outil de GRH performant, loin des idées reçues prétendant le contraire. Il ne s'agit pas d'une proposition puisque c'est d'ores et déjà le cas, mais cela demeure implicite, presque inconscient. Il convient de retirer les enseignements découlant du contrat pérenne, d'en mesurer la portée et de procéder à une réhabilitation du statut. Ce dernier est non seulement sécurisant : il est également efficace et mérite une reconsidération. Ainsi, l'approche statutaire en termes de GRH doit être promue et poursuivie.

B – La poursuite d'une efficacité statutaire

Si le statut démontre une réelle simplification vectrice d'efficacité en termes de GRH, cela n'empêche pas que des améliorations puissent être apportées. En effet, l'efficacité statutaire ne doit pas pour autant négliger les critiques et demandes d'améliorations. Différentes propositions peuvent être développées afin de renforcer l'efficacité statutaire (1). La gestion prévisionnelle des ressources humaines ou encore la promotion de la mobilité sont autant de leviers pouvant être mis en œuvre afin de renforcer l'efficacité statutaire. Afin de poursuivre la promotion du statut, l'étude des difficultés ou réussites enseignées par une approche comparative peut être instructive (2).

1 – Des propositions visant à renforcer l'efficacité statutaire en termes de GRH

261 – Une gestion prévisionnelle des ressources humaines renforcée

La gestion prévisionnelle des ressources humaines (GPRH) se définit comme : « *l'introduction du temps, de façon consciente, dans la gestion, en amont du système de GRH en éclairant les décisions par des analyses appropriées, en aval en contribuant au pilotage de la performance RH. La gestion prévisionnelle n'est rien d'autre que l'introduction dans "la tête des décideurs" d'une réflexion sur le futur qui pèse réellement sur les décisions qu'ils s'appêtent à prendre aujourd'hui* »¹⁰⁵⁹. Autrement dit, la GPRH se distingue par la mise en

¹⁰⁵⁹ DGAFP, « La gestion prévisionnelle des ressources humaines, guide méthodologique », décembre 2008, p 9

œuvre d'une politique d'anticipation en termes de GRH afin de prévenir et correspondre durablement aux besoins. Toutefois, la GPRH doit être distinguée de la gestion prévisionnelle des effectifs, des emplois et des compétences (GPEEC), qui apparaît bien plus restrictive. En effet, la GPEEC porte sur les effectifs, les emplois et les compétences comme son acronyme l'indique ; toutefois, bien que la dimension proposée apparaisse relativement large, cette dernière ne prend pas en compte d'autres aspects fondamentaux, notamment lorsqu'on traite de fonction publique, comme la carrière. On préférera ainsi traiter de GPRH, dont l'ambition est claire : généraliser et banaliser un aspect prévisionnel dans le traitement des questions de GRH afin de conduire à un processus continu d'adaptation, qu'il soit question d'affectation, de formation, de recrutement, de promotion ou encore de rémunération. L'outil constitué par la GPRH apparaît donc comme indispensable, puisque de la prévention et de l'anticipation dépendent la bonne marche des administrations, la rationalisation du recrutement, mais surtout la poursuite d'une politique sur le long terme avec une vision globale.

La GPRH repose sur différents mécanismes mais surtout sur une certaine transversalité : tous les domaines doivent contribuer à une politique de GRH globale et anticipatrice : par exemple, il convient de promouvoir la GPRH dans le domaine financier en développant notamment un cadre budgétaire plus favorable à la gestion prévisionnelle. La GPRH repose également, et nécessairement, sur un des systèmes d'information RH et un autodiagnostic RH. En effet, il convient, afin de poursuivre une politique de GPRH efficace, de promouvoir l'anticipation des besoins quantitatifs et qualitatifs en RH et de permettre une transmission plus effective des données auprès du DRH. De façon générale, l'anticipation des besoins en termes de GRH suppose le développement de divers mécanismes visant à permettre l'anticipation et la communication dans les services des questions en termes de RH.

Si le mécanisme proposé semble souhaitable afin de corriger les insuffisances actuelles, il démontre toutefois de grandes difficultés : la GPRH suppose une refonte quasi-totale des pratiques en termes de GRH et nécessite des transformations généralisées, traitant transversalement tous les domaines, gestion, finance, recrutement, etc... Si la GPRH n'est pas nouvelle et demeure source de réflexion depuis bien des années, force est de constater que les résultats ne sont pas encore ceux escomptés, puisque « *des décisions de GRH continuent en effet à être prises en fonction de seules considérations de court terme* »¹⁰⁶⁰. Pourtant, la conjoncture actuelle nécessite de poursuivre les efforts entamés afin de promouvoir une gestion prévisionnelle, et différents points le démontrent : le contexte budgétaire de gestion, la

¹⁰⁶⁰ DGAFP, « La gestion prévisionnelle des ressources humaines, guide méthodologique », décembre 2008, p 6

situation générale des finances publiques, la situation démographique ou encore la démarche de révision générale des politiques publiques. Néanmoins, si « *le processus d'ajustement des ressources humaines aux emplois est par essence un processus de changement, qui nécessite de s'inscrire dans la durée, en fonction d'une cible prévisionnelle* », « *les directeurs des ressources humaines et les gestionnaires rencontrent parfois des difficultés pour conduire et concrétiser l'exercice* »¹⁰⁶¹. Il convient dès lors de poursuivre les améliorations amorcées, encore bien trop insuffisantes, et de promouvoir une gestion prévisionnelle afin de conduire progressivement à une politique de gestion anticipatrice, et surtout de mener une politique de long terme, notamment en termes de recrutement.

Une nouvelle fois, certains enseignements peuvent être retirés. D'une part, le statut n'est pas l'absolue contrainte en matière de GRH : il est possible de promouvoir une approche statutaire tout en poursuivant des objectifs de gestion efficaces. D'autre part, des leviers existent en adéquation avec la volonté de moderniser et renforcer l'efficacité en termes de GRH, revendiquant même une vision préventive et à long terme. Le statut n'est donc pas un obstacle insurmontable à une politique de gestion, bien au contraire, et des possibilités d'améliorations demeurent possibles et souhaitables.

262 – De bonnes pratiques relevées.

Si des leviers comme la GPRH existent et méritent d'être poursuivis, de bonnes pratiques sont également relevées et démontrent l'intérêt des administrations pour la modernisation, l'amélioration et l'innovation. La DGAFP a regroupé ces bonnes pratiques à travers un bilan mettant en lumière les outils de la GRH en 2013¹⁰⁶². Différents exemples sont relevés dans le rapport, notamment en termes de modernisation dans les pratiques de management, de formation, de valorisation des parcours professionnels ou encore de promotion de l'égalité et de la diversité.

Par exemple, concernant la modernisation de l'action publique à travers des pratiques managériales innovantes, le rapport souligne l'exemple du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie ainsi que le ministère de l'égalité des territoires et du logement à travers un dispositif visant l'organisation de la transmission des savoirs. Ce dispositif a pour objet la prévention des risques de pertes de connaissances, métiers et expertise. Les objectifs sont donc les suivants : s'assurer de la transmission des savoirs

¹⁰⁶¹ DGAFP, « La gestion prévisionnelle des ressources humaines, guide méthodologique », décembre 2008, p 7

¹⁰⁶² *Ibid.*, p 7

actualisés et enrichis, d'une prise en compte effective des rapports des experts ou encore favoriser le travail d'équipe et la pluridisciplinarité. En matière d'accompagnement RH, le rapport relève l'exemple de l'instauration d'une cellule d'appui RH aux redéploiements mis en place dans les deux ministères précités (écologie et égalité du territoire et du logement). Le dispositif vise un accompagnement dans la mise en place du plan GPRH, en créant un lien d'échanges et de suivi des services, tout en promouvant la mobilité. Enfin, concernant la formation, il est relevé l'exemple du plan d'accueil des nouveaux arrivants recrutés par concours mis en place dans les ministères sociaux.¹⁰⁶³ L'objectif poursuivi est donc celui de la transmission, de la mise en commun et de l'harmonisation pour un accueil réussi garant d'efficacité.

Ces quelques exemples démontrent ainsi, bien qu'ils demeurent assez spécifiques et qu'ils s'accompagnent très peu souvent d'un bilan chiffré et démonstratif de l'efficacité de l'initiative, que les questions relevées intéressent les administrations et que loin d'un immobilisme souvent invoqué, les ministères notamment déploient de nombreux dispositifs innovants afin de répondre aux problématiques. La GRH est donc au cœur des propositions et la faveur statutaire préservée n'empêche pas la recherche de modernisation, ni la prise en compte de leviers visant l'amélioration. Il convient dès lors de multiplier les initiatives mais surtout de généraliser celles qui fonctionnent significativement.

2 – Des exemples significatifs d'une efficacité gestionnaire renouvelée en droit comparé

263 – Des exemples instructifs issus du droit comparé

Il y a autant de fonctions publiques que d'États. Ainsi l'étude des différentes pratiques dans une approche de droit comparé peut être extrêmement instructive, et cela pour deux raisons : elle permet de mettre en lumière les bonnes pratiques et celles à éviter. Une étude de l'Institut de la gestion publique et du développement économique permet de recenser différentes pratiques en travaillant sur la performance de la fonction ressources humaines¹⁰⁶⁴ à travers une étude comparative. Suite à une enquête européenne sur la performance de la fonction « ressources humaines » des administrations publiques, le rapport propose d'examiner la

¹⁰⁶³ DGAFP, « Outils de la GRH : bonnes pratiques de gestion des ressources humaines », bilan 2013 : Le dispositif met en œuvre un « accueil commun aux attachés sortis des IRA et affectés en DIRECCTE et en administration centrale et aux inspecteurs élèves du travail qui débutaient leur formation de 15 mois a eu lieu à l'institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle pendant une semaine début septembre 2013. Des attachés et inspecteurs du travail de la promotion précédente ont participé à une demi-journée d'échanges d'expérience avec eux. Certaines DIRECCTE, comme celle du Nord-Pas-de-Calais, organisent en plus un accueil commun dans leurs services aux attachés, secrétaires administratifs et adjoints administratifs arrivant en septembre ».

¹⁰⁶⁴ Institut de la gestion publique et du développement économique, « la performance de la fonction « ressources humaines », étude comparative », 2007

question à travers les pratiques de onze pays. Différents thèmes sont étudiés : le recrutement, la gestion des carrières, la gestion des compétences, la formation, l'évaluation des agents ou encore la rémunération de ces derniers. Chaque thématique est accompagnée d'exemples et d'une explication de procédés discutés ou innovants mis en place dans un pays.

Par exemple, sur la question d'une gestion prévisionnelle des ressources humaines, l'étude prend pour exemple les dispositifs mis en œuvre au Québec. En effet, le Québec a mis en place un dispositif promouvant la gestion par les compétences. Pour faire face à un nombre important de départs de cadres et d'experts, « *un profil générique de 19 compétences* »¹⁰⁶⁵ a été mis en place en 2004. Il s'agit d'un répertoire alliant compétences et indicateurs associés, qui a une vertu anticipatrice et préventive, afin de prévoir les départs, avec un « listing » clair des compétences nécessaires notamment. Le Québec est également pris en exemple en matière de mutualisation des ressources et de simplification. Un centre de services partagés, pour des recrutements centralisés, est proposé au Québec. La loi de 2000 visant la modernisation de l'administration publique a donc déployé divers dispositifs : une intégration des services administratifs avec notamment la création du centre de services partagés, la centralisation du recrutement grand public et étudiant, le développement des procédures en matière de recrutement en ligne ou encore le regroupement de concours.

En matière de déconcentration de la RH, certains pays optent pour déconcentrer la gestion vers des managers, les reliant à une instance ministérielle. Par exemple, aux États-Unis, il existe l'Office of Personnel Management (OPM), qui a pour mission de superviser la gestion du personnel au sein de l'exécutif, et dont la compétence s'étend à l'ensemble de la fonction publique fédérale. L'OPM s'appuie sur sa propre équipe tout en conservant un lien institutionnalisé avec le gouvernement en la personne du Directeur de l'OPM. Le but est de donner à l'État fédéral une « *image d'employeur exemplaire* »¹⁰⁶⁶, notamment en favorisant une gestion prévisionnelle.

La promotion de la diversité fait également partie des objectifs RH mis en avant dans de nombreux pays, tentant chacun de trouver une réponse efficace. Au Royaume-Uni, la promotion de la diversité est une « *priorité politique clé de la GRH* »¹⁰⁶⁷. L'approche se veut complète et intègre divers dispositifs visant les femmes, les personnes en situation de handicap et les minorités ethniques. Par exemple, un plan traitant de ces questions a été lancé

¹⁰⁶⁵ Institut de la gestion publique et du développement économique, « la performance de la fonction « ressources humaines », étude comparative », 2007, p 20

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*, p 23

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, p 28

en 2005 et vise, entre autres, à renforcer l'égalité Homme-Femme : « *la diversité dans les milieux professionnels pour favoriser le recrutement au niveau immédiatement inférieur à la haute fonction publique de personnes talentueuses provenant de groupes sous-représentés, dans le but de les faire accéder à la haute fonction publique* »¹⁰⁶⁸.

La centralisation du recrutement devient également un impératif poursuivi dans les politiques RH. Il existe un organe unique de recrutement en Belgique et au Canada. En Belgique, le SELOR, le bureau de l'administration fédérale, a la sélection pour activité principale puisque les différentes administrations sont tenues d'utiliser le dispositif pour le recrutement du personnel statutaire. Toutefois le SELOR dispose d'autres prérogatives comme la certification et l'évaluation des compétences des candidats. Si une centralisation revêt bien des avantages, la lenteur dans la procédure de recrutement du SELOR alimente toutefois bon nombre de critiques¹⁰⁶⁹.

Enfin, en matière de carrière ou de formation continue, différents dispositifs instructifs sont mis en place. En Australie par exemple¹⁰⁷⁰, les fonctionnaires détiennent, en *sus* de leur grade, un « contrat d'emploi » limité dans le temps mais pouvant être renouvelé par tacite reconduction. En cas d'insuffisance professionnelle le contrat expire mais le fonctionnaire a deux ans pour trouver un autre emploi ; s'il n'en retrouve pas durant les deux années, il sera « licencié avec deux ans de salaire ». La conception australienne de la carrière est donc bien différente de celle mise en œuvre en France : elle conjugue étonnamment statut et contrat. Concernant la formation continue, le modèle Allemand se distingue. En effet, en Allemagne, la formation est mise en œuvre dans des institutions propres à l'administration et dans des établissements externes. Concernant l'administration fédérale, c'est l'Académie fédérale d'administration publique qui sera chargée de traiter des questions relatives à la formation continue. L'Académie se distingue par une certaine efficacité puisque cette dernière permet, en collaboration avec l'administration, d'accroître l'efficacité et l'efficacé du service public en proposant une formation managériale accrue axée sur les méthodes de gestion. L'Académie propose une large proposition d'actions à travers cinq groupes d'enseignement, et chaque année 700 séminaires sont proposés déplaçant environ 13 000 personnes.

¹⁰⁶⁸ Institut de la gestion publique et du développement économique, « la performance de la fonction « ressources humaines », étude comparative », 2007, p 28

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, p 33

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, p 38

L'étude des différents dispositifs mis en place dans certains États démontrent divers éléments importants. D'une part, certaines bonnes pratiques sont d'ores et déjà appliquées en France. En effet, notamment en termes de diversité dans le recrutement, l'égalité homme-femme par exemple est aussi une préoccupation française, objet de récentes réformes dans la fonction publique¹⁰⁷¹. D'autre part, si certains dispositifs éveillent la curiosité, ils nécessitent toutefois l'apport de certaines nuances. Certaines solutions employées découlent d'une conception bien particulière, comme par exemple le « contrat emploi » en Australie, à la frontière entre une conception statutaire et contractuelle, démontrant toutefois une préférence pour le système d'emploi. D'autres dispositifs, puisque les fonctions publiques sont à l'image de l'État, correspondent à la forme d'organisation étatique : l'OPM aux États-Unis, ou l'Académie en Allemagne découlent de l'organisation fédérale des deux États. Ainsi, si l'étude des pratiques étrangères en matière de fonction publique s'avère très instructive, l'inspiration qu'elle peut générer demeure conditionnée. L'efficacité en termes de GRH doit se poursuivre en continuité avec les principes régissant la fonction publique, l'idéologie conduisant cette dernière. On a parfois tendance à envisager les pratiques étrangères avec bien plus de bienveillance que celles qui sont mis en œuvre en France, négligeant les raisons motivant les choix effectués et instaurant un certain scepticisme face à des pratiques françaises jugées à tort empiriques ou sclérosantes.

Toutefois le droit comparé souligne également des pratiques peu efficaces ou non enviables. Par exemple, la Belgique travaille sur une centralisation du recrutement avec le SELOR, mais ce dernier est objet de critiques, liées à la lenteur de la procédure en matière de recrutement. Au Danemark, le « new pay system » imposé depuis les années 1999 a permis de modifier considérablement le calcul de rémunération des agents en se concentrant davantage sur les performances de ce dernier. Comme cela a été évoqué auparavant, si la performance individuelle doit être prise en compte, une rémunération axée uniquement sur cette dernière peut conduire à certaines difficultés et à une négligence des principes fondamentaux comme l'égalité entre les fonctionnaires. Mais surtout, si la reconnaissance est source de motivation, un traitement individuel inégal anime également les rancœurs et les incompréhensions affectant l'efficacité du service. Les pratiques étrangères peuvent être source d'inspiration, mais doivent être envisagées avec rigueur et pragmatisme.

¹⁰⁷¹ Titre III de la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 13 mars 2012, n°0062

Cette question d'une certaine objectivité visant à tirer les enseignements nécessaires suite à l'étude des pratiques en termes de GRH des autres pays semble faire défaut. L'exemple de la fonction publique italienne est très instructif. Depuis la mise en place de la privatisation, la doctrine ne cesse d'émettre certaines critiques : une vision consumériste sclérosant la fonction publique, un endiguement paradoxal du droit privé au profit d'une certaine publicisation, l'absence de notion de service public renouvelé... Ainsi, la méthode progressive française visant à « gestionnariser » la fonction publique ne cesse de susciter des interrogations : la volonté dissimulée serait peut-être celle d'une privatisation de la fonction publique. A la lumière de l'exemple italien, ce serait une idée peu opportune ; pourtant le processus semble se poursuivre malgré les réticences.

Si l'approche statutaire française peut être considérée comme efficace, elle nécessite des améliorations que le droit comparé peut véhiculer à travers l'instauration de dispositifs efficaces. Toutefois, il convient d'envisager les mêmes dispositifs avec beaucoup plus de pragmatisme.

2 § Le statut, une sécurisation efficace des agents

Outre l'efficacité statutaire et la stabilité de l'approche, c'est surtout sur le problème épineux de la précarité qu'il convient de se concentrer. Il convient dès lors de démontrer l'efficacité statutaire en termes de sécurisation à travers son corolaire : la titularisation (A). Si différents plans de titularisation se sont succédé, ce qui témoigne d'une efficacité relative, ces derniers sont intervenus afin de corriger les dérives précaires : ils demeurent des correctifs employés une fois les erreurs commises. En matière de sécurisation, la solution statutaire semble la plus raisonnable et la plus efficace (B). Différentes propositions attestent une volonté de résorber la précarité, mais cela implique de revoir l'idéologie nouvelle innervant la fonction publique et de réaffirmer les fondements de la fonction publique pour faire cesser un engrenage alimentant sa précarisation.

A – La titularisation, entre difficultés et sécurisation

La titularisation est un correctif ambigu et paradoxal. D'une part, les différents plans successifs témoignent de l'attachement au statut et de la certitude que ce dernier constitue un moyen efficace de sécurisation. Toutefois, puisque différents plans se succèdent, il semble également que la titularisation ne remplisse pas ses objectifs de contention de la précarité (1). Toutefois, la titularisation demeure, presque incontestablement, le mécanisme le plus

favorable en termes de sécurisation : l'agent précaire devient fonctionnaire et bénéficie d'une sécurité et d'un cadre protecteur (2). Ce n'est donc pas la titularisation qui fait défaut, mais le manque de dispositions et mesures accompagnant le dispositif afin de prévenir la précarité : autrement dit un plan de titularisation ne peut être efficace sans envisager des correctifs afin d'endiguer la précarité, évitant la reconstitution des problèmes corrigés.

1 – Les plans de titularisation successifs

265 – Différents plans de titularisation

Dans le langage « commun », la titularisation vise « *l'action de rendre titulaire* »¹⁰⁷², le « *fait d'être titularisé* »¹⁰⁷³. Dans le vocabulaire Cornu, la titularisation est : « *Dans le droit de la fonction publique, l'opération, partant l'acte juridique, qui a pour objet de conférer à une personne un grade dans la hiérarchie administrative, se distingue en principe de la nomination qui attribue un emploi : le fonctionnaire est nommé dans un emploi et titularisé dans un grade* »¹⁰⁷⁴. Ainsi, la titularisation est un procédé propre à la fonction publique qui permet à un agent d'être titularisé dans un grade, tout simplement de devenir fonctionnaire dans la fonction publique. Il ne s'agit pas de faire une liste détaillée et exhaustive de tous les plans de titularisation, mais simplement de présenter certains plans et d'en recenser le nombre.

Il convient donc avant toute chose de préciser qu'il y a eu quinze plans de titularisation depuis 1945¹⁰⁷⁵. Différents plans généraux se sont succédé, dont le premier découle de l'ordonnance du 21 mai 1945 relative à la titularisation des emplois d'auxiliaires temporaire de l'État¹⁰⁷⁶. De nombreuses lois ont suivi en proposant des plans de titularisation comme la loi « Le Pors » du 11 janvier 1984¹⁰⁷⁷, la loi « Perben » du 16 décembre 1996¹⁰⁷⁸ et la loi « Sapin » du 3 janvier 2001¹⁰⁷⁹. Toutefois, des plans sectoriels ont également été adoptés : la titularisation

¹⁰⁷² www.larousse.fr

¹⁰⁷³ *Ibid.*

¹⁰⁷⁴ CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique, op. cit.* p 923

¹⁰⁷⁵ Sénat, Rapport n° 260, projet de loi relatif à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, Annexe 2 – Les plans de titularisation dans la fonction publique, 17 janvier 2012

¹⁰⁷⁶ Ordonnance n° 45-1006 du 21 mai 1945 relative à la titularisation des emplois d'auxiliaire temporaire de l'État, *JORF* : 22 mai 1945

¹⁰⁷⁷ Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 12 janvier 1984, p 271

¹⁰⁷⁸ Loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire, *JORF* : 17 décembre 1996, n° 0293, p 18512

¹⁰⁷⁹ Loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale, *JORF* : 4 janvier 2001, n° 3, p 96

des personnels de recherche en 1982¹⁰⁸⁰, ou celle de certains « vacataires permanents » appelés les « *Berkani* » en 2000¹⁰⁸¹. Le dernier plan de titularisation est proposé par la loi Sauvadet du 12 mars 2012¹⁰⁸². Lorsque le projet de loi Sauvadet fut étudié, le Sénat proposa de se focaliser sur trois plans de titularisation afin d'apprécier la proposition faite dans le projet de loi. Tout d'abord, le plan « Le Pors » : ce dernier proposait un dispositif global, relatif à toutes les catégories hiérarchiques, et liait l'administration qui se voyait dans l'obligation de faire une proposition de titularisation aux agents concernés. Le bilan fut représentatif puisque 146 000 agents furent titularisés. Ensuite, le rapport traite du plan « Perben ». Ce dernier proposait un dispositif spécifique, consistant à mettre en place, pour une durée de quatre ans, des concours réservés aux agents non titulaires relevant de la catégorie C dans la fonction publique d'État, aux agents de catégorie B dans la fonction publique hospitalière et aux agents de toutes catégories dans la fonction publique territoriale. Le bilan fut également significatif, surtout dans la fonction publique d'État, avec près de 60 000 agents titularisés. Enfin, le dernier exemple de plan de titularisation fut celui de la loi « Sapin ». Le dispositif était global et s'appliquait à tous les agents de droit public des trois fonctions publiques recrutés par CDD sur des emplois devant, en principe, être occupés par des fonctionnaires. Des modalités particulières ont été mises en œuvre dans les trois versants : dans la fonction publique d'État, par exemple, il était proposé d'ouvrir des concours réservés, tandis que dans la fonction publique territoriale, était prévue une intégration directe. Le bilan releva 39 150 titularisations dont 33 000 dans la fonction publique d'État.

Différents enseignements peuvent être retirés à la lecture de ces bilans : d'une part, un nombre important de plans de titularisations se sont succédé, sur des périodes relativement courtes. D'autre part, on note également une diminution progressive du nombre d'agents titularisés, de 146 000 avec le plan « Le Pors », on passe à 39 150 agents titularisés suite au plan « Sapin ». Peut-être que si le dispositif de titularisation est une solution récurrente, il est utilisé désormais avec plus de prudence. Toutefois, la loi Sauvadet proposa en 2012 un plan de titularisation, plus ambitieux que le plan « Sapin », qui sembla en continuité avec les précédents, du moins au regard des remarques effectuées par le Sénat lorsqu'il fut question de

¹⁰⁸⁰ Loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, *JORF* : 16 juillet 1982, n° 2270

¹⁰⁸¹ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF* : 13 avril 2000, n° 0088, p 5646, article 35

¹⁰⁸² Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 13 mars 2012, n°0062, p 4498

proposer un premier bilan¹⁰⁸³. On remarque ainsi, à la lecture des premiers bilans disponibles, que les objectifs ne sont pas atteints, du moins principalement dans la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière. Comme indiqué dans les plans de titularisation précédents, la fonction publique d'État remplit à elle seule l'essentiel des objectifs. On note également une difficulté dans l'élaboration d'un bilan chiffré. Certes le plan n'est pas terminé, il est en cours ; néanmoins, il est bien difficile de récolter les informations nécessaires. Ainsi, il serait question de 39 000 agents éligibles dans la fonction publique d'État, contre 19 000 dans la fonction publique territoriale. Les plans de titularisation démontrent dès lors un bilan en demi-teintes : d'une part, il apparaît toujours très ardu de dresser un bilan chiffré complet et clair, d'autre part, la succession même des plans opère une remise en question sur l'efficacité de ces derniers.

266 – La titularisation, l'aveu d'un échec ?

Tout d'abord, il semblerait que traiter d'un échec partiel serait davantage opportun, puisqu'il conviendrait de nuancer le propos. En effet, des éléments contradictoires peuvent être présentés. Déjà, la succession des plans de titularisation révèle nécessairement un manque d'efficacité ou d'effectivité des plans mis en œuvre. Mais l'argument contraire pourrait être invoqué : si on revient malgré tout au dispositif, ce dernier doit nécessairement permettre de répondre à certaines opportunités et démontrer une efficacité, même relative. En effet, le bilan général est en demi-teinte.

Plusieurs arguments peuvent être évoqués afin d'identifier les causes d'une efficacité relative. Tout d'abord, d'un point de vue très concret, les problématiques et la difficile contention de la précarité malgré les plans de titularisations pourraient s'expliquer par la longévité du statut. En effet, bien que des plans presque réguliers se soient succédé, on traite d'une période traversant 1945 à nos jours. Ainsi, bien évidemment, des problématiques nouvelles apparaissent et l'intensification du recours au dispositif de titularisation accompagne la généralisation et la multiplication des recours au contrat, élément précarisant la fonction publique. Très logiquement, il n'y aurait aucun besoin de titulariser s'il n'y avait pas d'agents précaires non titulaires.

¹⁰⁸³ Sénat, GOURAULT (Jacqueline), KALTENBACH (Philippe), rapport d'information au nom de la commission des lois et de la commission du contrôle de l'application des lois, « *Les premiers enseignements du quinzième plan de lutte contre la précarité dans la fonction publique* », 23 juillet 2014, n°772

Un deuxième élément pourrait éclairer la question d'un éventuel échec du dispositif de titularisation : la difficulté dans la mise en œuvre des plans par les trois versants et dans l'élaboration des bilans attestant des résultats. En effet, les plans de titularisation sont extrêmement coûteux, mais aussi très difficiles à mettre en œuvre dans une fonction publique qui, bien qu'harmonisée, demeure scindée en trois versants. On retrouve dès lors continuellement les mêmes remarques : la fonction publique d'État étant la plus « contenue » remplit de façon presque exemplaire ses objectifs, la fonction publique territoriale plus « élatée » éprouve une certaine difficulté et la fonction publique hospitalière, celle que l'on envisage toujours comme le versant « excentrique », ne semble pas souhaiter transmettre certaines informations, continuant simplement ses pratiques. Dès lors, pour être véritablement efficace, un plan de titularisation nécessite de poursuivre encore et toujours l'unité de la fonction publique et une certaine harmonisation de ses versants.

Enfin, et il s'agit de l'argument le plus fort : un plan de titularisation ne suffit pas. Si le Sénat fait maladroitement le constat d'un certain cercle vicieux se répétant inlassablement : « *Soyons lucides. Le stock de contractuels, conjoncturellement résorbé par le plan de 2012, se reconstitue inéluctablement. Les non-titulaires sont indispensables au service public : besoins temporaires, vacances d'emplois, fonctions nouvelles* »¹⁰⁸⁴, un plan de titularisation doit s'accompagner d'un plan plus général, visant à éviter la reconstitution des problématiques. Le dispositif de titularisation est un correctif, un moyen visant à corriger des problèmes de précarité et de stabilité, une fois les erreurs commises. Il doit dès lors s'accompagner de solutions visant à endiguer le phénomène à la source, afin que les mêmes problématiques ne se répètent pas. Une fois encore, le problème provient du traitement superficiel des questions auxquelles on appose différents pansements : le contrat, la titularisation, sans traiter réellement la plaie qui nécessairement perdure. La titularisation n'est pas un échec : le dispositif fonctionne s'il est accompagné de véritables mesures répondant à la source des problèmes. Le dispositif est donc mal utilisé, même s'il peut s'avérer très efficace.

¹⁰⁸⁴ Sénat, GOURAULT (Jacqueline), KALTENBACH (Philippe), rapport d'information au nom de la commission des lois et de la commission du contrôle de l'application des lois, « *Les premiers enseignements du quinzième plan de lutte contre la précarité dans la fonction publique* », 23 juillet 2014, n°772

2 – La titularisation : le mécanisme le plus favorable à la sécurisation

267 – Titularisation et sécurisation

Manifestement, le dispositif de titularisation apparaît comme le plus efficace lorsqu'il est question de sécurisation. En effet, bien que différents points méritent attention et engagent à un principe de précaution dans l'utilisation du dispositif, en raison notamment du coût se dégageant, la titularisation demeure efficace, sur deux points essentiels. D'une part, la titularisation demeure en conformité avec le principe, puisque les agents en situation précaire sont régularisés afin de devenir des agents titulaires. Le dispositif n'alimente donc pas une dualité de la fonction publique puisqu'il demeure le corollaire d'une logique statutaire. D'autre part, bien que coûteux ou difficilement mis en œuvre, le dispositif est clair : les agents ayant fait leurs preuves, intégrés dans les services et voyant leur contrat se renouveler inlassablement, doivent être envisagés comme des « fonctionnaires cachés ». Ainsi on leur redonne leur juste qualification.

En termes de sécurisation, le résultat est plus complet encore : l'agent n'est pas seulement pérennisé comme par le biais du contrat pérenne, mais dispose d'un grade et d'une protection statutaire complète, tranchant très distinctement avec la précarité le caractérisant au préalable. Plus question de superposition de statuts, d'opposition entre contrat et statut, la réponse est claire et conforme. Toutefois, il convient de ne pas négliger des difficultés pratiques notamment rencontrées dans les services. De nombreux fonctionnaires, ayant passé des concours par exemple, trouvent injuste et inégalitaire que des agents puissent être titularisés sans avoir fait les « fondamentaux » du parcours du fonctionnaire. Pourtant, la titularisation est en parfaite conformité avec la logique statutaire, le système de carrière. En effet si l'agent précaire titularisé est initialement un agent contractuel n'ayant donc pas réussi un concours, mode de recrutement évaluant le mérite, il justifie sa titularisation par l'ancienneté, pierre angulaire d'un système de carrière qui se veut évolutif et conforme aux années de services rendus.

La titularisation dispose donc de deux avantages significatifs : d'un côté, la conformité avec le principe statutaire ; d'un autre côté, l'efficacité en matière de résorption de la précarité. Souvent dénigré, critiqué, jugé bien trop coûteux proportionnellement aux résultats obtenus, le réel problème du dispositif réside dans l'absence de mesures préalables préventives.

Pour être efficace, un dispositif de titularisation doit nécessairement s'accompagner de mesures concrètes tentant d'endiguer les problématiques afin que ces dernières ne se reproduisent pas. Continuellement, malgré les plans de titularisation, les problèmes de précarité se reforment et nécessitent à nouveau le recours au dispositif. La proposition vise ainsi à intégrer la titularisation dans un dispositif global, une vision à long terme.

Différents correctifs sont nécessaires afin d'éviter sur le long terme le recours au dispositif et limitant ce dernier efficacement. Tout d'abord, il convient aujourd'hui de s'atteler aux véritables problématiques et un plan de titularisation ne peut avoir de sens sans qu'il ne soit procédé au préalable à une réaffirmation de l'attachement statutaire, à travers la reconnaissance d'un statut efficace et protecteur. La faveur renouvelée, le recours contractuel rationalisé, le dispositif de titularisation pourrait trouver sens et être efficace. Autrement dit, le dispositif ne peut être envisagé sans les propositions énoncées auparavant, visant à contenir la précarité efficacement en atténuant significativement la dualité de la fonction publique. Cette dualité est la source des difficultés et se retrouve dans les réponses tentant de contenir la précarité : on propose ainsi conjointement dans la loi Sauvadet la CDIisation et la titularisation. Toutefois, il n'est pas question d'anticiper en proposant un futur plan de titularisation, encore faut-il que le dernier aboutisse et soit appliqué comme il se doit. De plus, la titularisation n'est pas la solution : elle est un moyen de régularisation, le dernier rouage d'une politique plus globale.

D'autres éléments préalables apparaissent comme essentiels lorsqu'on traite de titularisation : on remarque des critiques constantes, récurrentes, notamment concernant le traitement disparate des plans dans les trois versants de la fonction publique. Une fois de plus, il convient de poursuivre l'objectif d'harmonisation de la fonction publique, en favorisant les échanges notamment par le biais d'institutions communes. En matière de contrôle également, puisque les résultats varient en fonction « des » fonctions publiques, il serait dès lors peut-être judicieux d'envisager un contrôle plus effectif dans la mise en œuvre des plans, liant davantage les administrations. Néanmoins, puisque des raisons expliquent également le caractère disparate de l'application des plans de titularisation, il convient également de procéder à un projet prévisionnel concret mais surtout réalisable en fonction des spécificités des versants. On remarque quelques fois, des objectifs quelque peu ambitieux, qui trouvent

ainsi grandes difficultés à s'appliquer effectivement, notamment dans la fonction publique territoriale.

Autrement dit, la titularisation est un dispositif efficace et sécurisant, à condition toutefois de n'être qu'un moyen compris dans un plan plus global, traitant de la source de la précarité et proposant des contingentements énergiques. Il ne s'agit donc pas de prôner une titularisation généralisée, bien au contraire, les agents contractuels constituant un besoin indéniable ; néanmoins, il apparaît plus opportun de recommander une rationalisation du recours contractuel lorsqu'il est question d'emplois permanents, et d'utiliser efficacement un dispositif qui a besoin d'une vision globale et de long terme pour faire ses preuves.

B – La résorption de la précarité, une solution statutaire

Sur la question de la précarité, la solution statutaire apparaît avec évidence. En effet, à l'appui des différents pratiques et dispositifs mis en place, notamment dans la fonction publique territoriale, la proposition visant à réaffirmer l'efficacité statutaire afin de contenir la précarité prend sens (1). Les administrations sont sensibilisées et cherchent des solutions efficaces afin d'endiguer une précarité traversant la fonction publique : le statut et sa préservation sont une préoccupation commune. Si la solution statutaire apparaît avec clarté dans les propositions, elle n'en demeure pas moins critiquée et à contre-courant : il s'agit d'un travail périlleux visant à se réapproprier une idéologie faisant plus que jamais sens, pour en délaissier une très actuelle empreignant la fonction publique progressivement (2).

1 – Les propositions visant la résorption de la précarité

269 – Des volontés locales démonstratives

Le rapport rendu par le CSFPT sur la précarité dans la fonction publique territoriale en 2001 recense diverses pratiques des administrations locales traitant de la résorption de la précarité¹⁰⁸⁵. Outre les propositions faites par le CSFPT, l'analyse de ces « bonnes pratiques » relève un intérêt majeur pour la présente étude : elle permet de confronter les propositions faites auparavant avec celles des administrations, dans la fonction publique territoriale dans l'exemple donné.

On note une conformité évidente entre les propositions énoncées au préalable et les solutions mises en place par les administrations locales. Tout d'abord, concernant les agents non

¹⁰⁸⁵ CSFPT, Rapport sur la précarité dans la fonction publique territoriale, 16 mars 2011

titulaires, la titularisation apparaît comme le dispositif privilégié afin de résorber la précarité : par exemple, certaines grandes villes ont entamé entre 2009 et 2010 des plans de titularisation, concernant principalement les personnels d'entretien des locaux et de restauration des écoles ainsi que les personnels d'activités périscolaires, autrement dit les agents les plus précaires. Suivant une initiative similaire, certaines villes présentent également des plans de résorption des emplois précaires pour les agents de propreté, le dispositif étant basé sur « *des principes de solidarité et d'employabilité des agents dans un cadre budgétaire contraint* »¹⁰⁸⁶. D'autres solutions sont retenues, notamment celle d'une préférence en faveur de titulaires « volant » plutôt que de recourir à des agents non titulaires. Ainsi, afin d'éviter de multiplier les contrats précaires, à temps partiel, certaines municipalités ont choisi d'aménager et de partager le cycle de travail entre différentes écoles par exemple lorsqu'il est question de petite enfance. Le dispositif s'est également accompagné d'efforts importants : en termes de formation ou encore avec le passage à temps complet de nombreux agents à temps partiel. Enfin, un autre élément démontre une certaine conformité avec les propositions précédentes : certains départements proposent une rationalisation et une limitation du recours au contrat. Ainsi, les départements visés font le choix de recruter prioritairement des titulaires, mais peu de contrats aidés et, de manière générale, peu de non titulaires. Il s'agit pour ces départements de lutter contre l'exclusion et la pauvreté, avec une politique interne de ressources humaines évitant la précarité. Si la question de l'exclusion ou du moins du recours limité aux contrats aidés notamment peut susciter des interrogations, le choix fait par le département est celui d'éviter au maximum les contrats précaires pour ne pas faire perdurer les inégalités.

Ensuite, concernant les agents titulaires, afin de lutter contre la parcellisation des emplois, des communes ont proposé des créations d'emploi à temps complet dans des services de restauration scolaire. Il s'agit, à nouveau, de s'intéresser aux agents les plus précaires. La mutualisation du temps de travail apparaît également comme une solution opportune afin de résorber la précarité des agents titulaires. En effet, un centre intercommunal d'action sociale a choisi de mutualiser des temps de travail. Cela nécessita une réorganisation des ressources humaines, mais a permis la création d'emplois à temps plein et « *une spécialisation des agents et une montée en compétence, grâce à des formations qualifiantes* »¹⁰⁸⁷. Enfin certaines grandes villes, de l'Est notamment, on fait le choix d'une labellisation Afnor : « égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ». Parmi les critères d'évaluation dans le cadre du label, le temps de travail occupe une place prépondérante. Ainsi ces mêmes

¹⁰⁸⁶ CSFPT, Rapport sur la précarité dans la fonction publique territoriale, 16 mars 2011, p 34

¹⁰⁸⁷ *Ibid.*, p 42

villes ont choisi de « convertir » des temps non complets en temps complets afin de rétablir une égalité homme-femme, les femmes étant davantage touchées par la précarité.

Différents constats peuvent donc être dressés. Tout d'abord, la question de la précarité est une préoccupation des collectivités. Ensuite, les solutions mises en place démontrent une conformité avec les propositions découlant de l'étude : concernant les agents non titulaires, la titularisation apparaît comme le correctif le plus efficace. La faveur statutaire et ses principes demeurent à préserver si l'on souhaite contenir la précarité : on optera dès lors pour des titulaires « volants » plutôt que de recruter des agents non titulaires précaires afin d'occuper des emplois permanents. De même, la rationalisation et la limitation du recours au contrat s'avèrent essentielles : on poursuivra cette logique, bien que la mise œuvre apparaisse parfois paradoxale, puisqu'on évite les contrats précaires, notamment les contrats aidés, afin de privilégier des recrutements statutaires. Concernant les agents titulaires, les collectivités s'attaquent au cœur de la problématique relevant une précarité des fonctionnaires : le temps de travail. Ainsi différents dispositifs sont mis en place : certains prônent une mutualisation, d'autres imposent directement la conversion des temps non complets en temps complets, notamment pour lutter contre les inégalités entre les hommes et les femmes.

270 – Les propositions du CSFPT¹⁰⁸⁸

Dans le rapport précité, après avoir recensé diverses bonnes pratiques traitant de la résorption de la précarité, le CSFPT propose également divers dispositifs. Le Conseil commence par réaffirmer très clairement l'attachement au statut et au principe en vertu duquel les emplois permanents doivent être occupés par des fonctionnaires. Le Conseil propose ensuite diverses mesures, afin de contenir une précarité généralisée : en matière de précarité de l'emploi par exemple, il est clairement préconisé de réaffirmer le caractère efficace du statut en termes de GRH. La proposition semble ainsi en parfaite conformité avec celle énoncée auparavant dans la présente étude. Cette réhabilitation doit s'accompagner d'éléments concrets, en conformité avec la faveur statutaire, comme la régularisation des situations des agents non titulaires pouvant intégrer les cadres d'emploi de la FPT, ou encore avec la mise en place d'un dispositif pérenne d'accès à l'emploi titulaire pour les agents non titulaires. Il est également préconisé d'instituer des dispositifs de mutualisation de l'emploi territorial. Surtout, le Conseil insiste sur le fait de responsabiliser les employeurs locaux dans leur choix de recrutement, le recours au contrat devant être rationalisé. Une nouvelle fois, les lignes

¹⁰⁸⁸ CSFPT, Rapport sur la précarité dans la fonction publique territoriale, 16 mars 2011, p 78

édictees par le CSFPT sont en adéquation avec les propositions de l'étude. En matière de précarité financière, le Conseil rappelle que le traitement des fonctionnaires doit représenter la part prépondérante de la rémunération, s'écartant d'une rémunération en fonction des résultats et de la performance, menaçant parfois l'égalité entre les fonctionnaires. Pour le Conseil une rémunération « scindée » serait au contraire un facteur précarisant. Enfin, concernant la rémunération des agents non titulaires, il est préconisé de proposer un cadre commun, proposition énoncée également au préalable face, de manière générale, au caractère éclaté de la situation des agents non titulaires.

La solution statutaire est donc celle préconisée par les administrations, ainsi que les syndicats¹⁰⁸⁹, bien qu'elle apparaisse à contre-courant des volontés exprimées depuis quelques années par les réformes contemporaines, elle constitue aujourd'hui une réponse souhaitée par de nombreux acteurs.

2 – La solution statutaire, la réponse souhaitée afin de résorber la précarité

271 – Le contrat pérenne, une réponse insuffisante¹⁰⁹⁰

La réponse statutaire est celle prônée et mise en œuvre dans les administrations : titularisation, mutualisation, contention et rationalisation du recours au contrat sont des propositions que l'on tente de mettre en œuvre à travers différents dispositifs. Ainsi, cela relève deux points importants : d'une part, un certain décalage entre les volontés émanant des réformes et celle renforcée dans les administrations et, d'autre part, que les préconisations soulevées dans l'étude s'avèrent conformes aux souhaits dégagés par de nombreux acteurs de la fonction publique.

En matière de précarité, la réponse constituée par le contrat pérenne n'est pas convaincante, pour diverses raisons : le contrat sécurise partiellement et de façon ciblée, mais alimente *a contrario* la dualité de la fonction publique. La réponse constituée par le contrat pérenne est superficielle car elle ne traite pas des problématiques originelles, qui engendrent réellement la précarité. Il a été relevé que la source de la précarité provient de différents facteurs, dont l'essentiel réside dans une dualité de la fonction publique qui oppose deux mondes quelque peu cloisonnés : le recrutement statutaire et le recrutement contractuel. Cette précarité,

¹⁰⁸⁹ CSFPT, Rapport sur la précarité dans la fonction publique territoriale, 16 mars 2011, p 96, contribution de Force Ouvrière : « Pour Force Ouvrière, et conformément au statut, les emplois permanents doivent être pourvu par des agents titulaires. Notre organisation revendique la mise en place d'un plan de titularisation de ces emplois ».

¹⁰⁹⁰ Le développement suivant opère une synthèse des réponses apportées à la problématique de la recherche, ainsi il sera utilisé en guise de conclusion, des propos conclusifs supplémentaires apparaissant superflus.

construite par l'instauration de situations et relations instables, s'inscrit dans une dimension plus large et un phénomène de plus grande ampleur : un changement idéologique prônant une « gestionnarisation » de la fonction publique.

En effet, sous couvert d'un alibi européen bien opportun mais peu effectif, on tente d'insérer progressivement une nouvelle idéologie gestionnaire, plaçant le contrat comme un moyen privilégié dans la tentative d'insertion de cette idéologie. Les échanges, notamment entre le droit du travail et le droit de la fonction publique, obscurcissent la distinction de la volonté sous-jacente : un phénomène de contractualisation s'intensifie et on y entrevoit, peut-être à tort, un rapprochement, une hybridation, entre droit du travail et droit de la fonction publique. Pourtant, l'identification de ce qui est considéré comme des échanges néglige la volonté émanant des rapprochements imprégnant les deux droits : l'insertion progressive d'une idéologie nouvelle. Puisque la question majeure réside dans la résorption de la précarité, l'idéologie gestionnaire semble constituer une certaine menace, en déstabilisant les situations et en altérant quelque peu les principes protecteurs et garants de stabilité régissant le droit de la fonction publique, qui sont parfois négligés.

Face à cette précarité, la réhabilitation du statut s'avère primordiale. Il convient de redonner sens à l'idéologie ayant construit la fonction publique telle qu'elle est connue, en réaffirmant une faveur statutaire parfois délaissée. Le statut persiste malgré les attaques qu'il accuse, et peut démontrer une réelle efficacité contrairement aux idées reçues générées par la nouvelle idéologie. Le statut est efficace en termes de gestion des ressources humaines, tout en étant un corollaire effectif aux principes à sauvegarder.

Des lors, si le contrat pérenne pouvait apparaître bien séduisant, il ne sécurise pas ou partiellement : seul le statut peut permettre une réelle protection. Il convient ainsi de renforcer la faveur statutaire malgré les tentatives contraires soulignées ces dernières années, en rationalisant le recours au contrat qui doit retrouver sa place d'exception au principe. Bien que des améliorations demeurent possibles et souhaitables, et que des solutions existent, la logique statutaire et la faveur accordée à cette dernière n'ont, très paradoxalement, jamais été aussi nécessaires. La réponse à la précarité est statutaire : elle demande une réflexion globale en termes de recrutement pour une vision générale et à long terme de la fonction publique, qui fait aujourd'hui défaut.

Si des incertitudes demeurent, sans que nul sache qu'elle idéologie l'emportera, « *une époque intéressante est toujours une époque énigmatique, qui ne promet guère de repos, de prospérité, de continuité, de sécurité* »¹⁰⁹¹.

¹⁰⁹¹ VALÉRY (Paul), Variété IV, 1937

BIBLIOGRAPHIE*

Ouvrage généraux :

- AUBIN (Emmanuel), *La fonction publique*, Paris : Gualino, coll. Master, 6^{ème} éd., 2015, 535 p
- AUBY (Jean-Marie), AUBY (Jean-Bernard), JEAN-PIERRE (Didier), TAILLEFAIT (Antony), *Droit de la fonction publique*, Paris : Dalloz, Coll. Précis, 7e éd., 2012, 828 p
- AUZERO (Gilles), DOCKES (Emmanuel), *Droit du travail*, Paris : Dalloz, coll. Droit privé, 29^{ème} éd, 2015, 1456 p.
- CARBONNIER (Jean), *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, éd. LGDJ, Paris, 2001
- CASTALDO (André), MAUSEN (Yves), *Introduction historique au droit*, Paris : Dalloz, Coll. Précis Dalloz droit public, 4^{ème} éd., 2013, 460 p
- CRISTAU (Antoine), *Droit du travail*, Paris : Hachette supérieur, coll. Hu droit, 11^{ème} éd, 2014, 247 p
- CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, Paris : Puf, coll. Dicos poche, 11^{ème} éd, 2016, 986 p
- DE LAUBADERE (André), MODERNE (Franck), DELVOLVE (Pierre), *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983, 808 p
- DUGUIT (Léon), *Les transformations du droit public*, Paris : A. Colin, coll. Bibliothèque du mouvement social contemporain, 1912, 285 p
- DUGUIT (Léon), *Traité de droit constitutionnel, Tome 1 : la règle de droit. Le problème de l'État*, Paris : E. de Boccard, 2^{ème} éd., 1921
- DURAND(Paul), JAUSSAUD (Robert), *Traité de Droit du travail, Tome 1*, in : Dalloz, 1947, 587 p
- GAFFIOT (Félix), *Le Gaffiot dictionnaire latin-français de poche*, éd. Hachette, coll. Dictionnaire et encyclopédie, 2008

* Les notes, commentaires et observations de jurisprudence, ainsi que les conclusion de commissaires de gouvernement et de rapporteurs public apparaissent dans la table de jurisprudence.

- HAURIOU (Maurice), *Précis de droit administratif et de droit public général : à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris : L. Larose, 4^{ème} éd., 1900-1901
- HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, 1^{re} éd. 1923, 2^e éd. Sirey, 1929
- HAURIOU (Maurice), *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris : Librairie du recueil Sirey, 2^{ème} éd., 1930
- JEZE (Gaston), *Les principes généraux du droit administratif, Tome 1*, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 3^{ème} éd, 2005, 440 p
- JEZE (Gaston), *les principes généraux du droit administratif, Tome 2*, Paris : Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 3^{ème} éd, 2003, 460 p
- JEZE (Gaston), *les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, 3 V., 1927-1934
- LONG (Marceau), WEIL (Prosper), *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris : Dalloz, coll. Grands arrêts, 20^{ème} éd, 2015, 952 p
- MEUNIER – BOFFA (Martine), *Droit des relations sociales au travail*, Paris : LexisNexis Litec, coll. Objectif droit, 5^{ème} éd, 2009, 301 p
- MOURIER (Rachel), *S/d, Lamy fonction publique territoriale*, Paris : Lamy, coll. Lamy collectivités territoriales, 2012, 1060 p
- PELISSIER (Jean), LYON – CAEN (Antoine), JEAMMAUD (Antoine), DOCKES (Emmanuel), *Les grands arrêts du droit du travail*, Paris : Dalloz, coll. Grands arrêts, 4^{ème} éd, 2008, 956 p
- PELISSIER (Jean), SUPIOT (Alain), JEAMMAUD (Antoine), *Droit du travail*, Paris : Dalloz, coll. Droit privé, 23^{ème} éd, 2006, 1343 p
- PEQUIGNOT (Georges), *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, 1945, Université de Montpellier, 635 p
- PESKINE (Elsa), WOLMARK (Cyril), *Droit du travail*, Paris : Dalloz, coll. HyperCours, 10^{ème} éd, 2016, 649 p
- RAY (Jean- Emmanuel), *Droit du travail, droit vivant*, Rueil Malmaison : Liaisons, coll. Droit vivant, 24^{ème} éd, 2016
- RICHER (Laurent), *Droit des contrats administratifs*, Paris : LGDJ, coll. Manuel, 9^{ème} éd, 2014, 620 p
- RIVERO (Jean), SAVATIER (Jean), *Droit du travail*, Paris : Presses Universitaires de France, coll. Thémis, 9^{ème} éd, 1984. 700 p

- WEBER (Max), *La domination légitime à direction administrative bureaucratique*, in : *Economie et Société*, œuvre posthume, 1921

Ouvrages spéciaux :

- BARBAS (Jean- Claude), *Philippe Pétain, discours aux français 17 juin 1940- 20 Août 1944*, Paris : Albin Michel, 1989, p
- BARUCH (Marc Olivier), *Servir l'État français : l'administration en France de 1940 à 1944*, Paris : Fayard, 1997, 744 p
- BOURDIEU (Pierre), PASSERON (Jean-Claude), *Les héritiers : les étudiants et la culture*, Paris : Les Éditions de Minuit, coll. « Grands documents », n° 18, 1964, 183 p
- CAILLOSSE (Jacques), *La constitution imaginaire de l'administration*, in : PUF, coll. « Les voies du droit », 2008, p. 120
- CHASSAGNARD-PINET (Sandrine) et HIEZ (David), S/d, *Approche critique de la contractualisation*, Paris : LGDJ, Coll. Droit et Société, Recherches et travaux 16, 2007, 222 p
- COUCOUREUX (Michel), S/d, *Contrôle de gestion*, Paris : Nathan, coll. Manuels et applications, 3^{ème} éd, 2014, 592 p
- DESPRAIRIES (Cécile), *L'héritage de Vichy, ces 100 mesures toujours en vigueur*, Paris : Armand Colin éditeur, 2012
- DUBUISSON (Bernard) *et alii*, *Mélanges offert à Marcel Fontaine*, éd.. Larcier, 2003, 884 p
- DUPUIS (François), THOENIG (Jean-Claude), *L'administration en miettes*, Paris : Fayard, 1985, 316 p
- DURIEZ (Anne), *Le harcèlement moral dans l'administration*, Montreuil : Edition du Papyrus, 2005, 262 p
- DURKHEIM (Emile), *Éducation et sociologie*, 1922
- ELLUL (Jacques), *Histoire des institutions, l'Antiquité*, Paris : PUF, coll. Thémis, 1999, 616 p
- EMERY (Yves), GIAUQUE (David), *Paradoxes de la gestion publique*, Paris : L'harmattan, 2005, 252 pages, p. 172-173.
- FELDMAN (Daniel, Charles), *A contingency theory of socialization*, 1976

- FREYDER (Arnaud), *La fonction publique, chronique d'une révolution silencieuse*, Paris : LGDJ, 2013, 384 p
- HAROUEL (Jean- Louis), S/d, *Histoire des institutions de l'époque franque à la Révolution*, Paris : PUF, coll. Droit fondamental, 2001, 591 p
- HERZBERG (Frederick), *Le travail et la nature de l'homme*, Entreprise Moderne d'Édition, 1971
- JANOUCHE (Gustav), *Conversations avec Kafka*, éd. Les Lettres Nouvelles, 1978, p 158
- JUTEAU (Danielle), *La différenciation sociale : modèle et processus*, Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2003, 298 p
- LE GOFF (Jacques), *Du silence à la parole, une histoire du droit du travail, des années 1830 à nos jours*, Rennes : Les PUR, presses universitaires de Rennes, coll. L'univers des normes, 2004, 602 p
- MAUGERI (Salvatore), *Théories de la motivation au travail*, Paris : Dunod, 2^{ème} éd, 2013, 128 p
- MITTERAND (François), *Le coup d'État permanent*, Essai politique, éd. : Plon, coll. Les débats de notre temps, 1964, 285 p
- MOURIER (Rachel), S/d, *Fonction publique territoriale*, Paris : Lamy, Coll. Lamy collectivités territoriales, Mai 2012, 805 p
- MULLER (Etienne), *Les instruments juridiques des partenariats public- privé*, Paris : L'Harmattan, 1 janvier 2012, 696 p
- OLSZAK (Norbert), *Histoire du droit du travail*, Paris : Economica, coll. Corpus série histoire du droit, 2011, 125 p
- PELLETIER (Pascale), THUAL (Régis), *Les agents non titulaires des trois fonctions publiques*, Condé-sur-Noireau : Berger-Levrault, 4e éd., 2007, 286 p
- RIGAUDIAT (Jacques), S/d, *Gérer l'emploi public*, Nancy : Documentation française, Coll. Plan, 1994, 237 p
- THIBAudeau (Victor), *Principes de logique : définition, énonciation, raisonnement*, Laval : Les presses de l'Université de Laval, Coll. Zêthêsis, 2006, 906 p
- VEDEL (Georges), S/d, *Les agents non titulaires de la fonction publique de l'État entre précarité et pérennité*, Paris : LGDJ, Coll. Bibliothèque de Droit public, Tome 208, 1999, 303 p

- VILLARD (Pierre), *Histoire des institutions publiques de la France de 1789 à nos jours*, Paris : Dalloz, coll. Mémentos Dalloz, 2010, 222 p
- WEIDENFELD (Katia), *Histoire du droit administratif, du XIVème siècle à nos jours*, Paris : Economica, coll. Corpus série histoire du droit, 2010, 314 p

Ouvrages littéraires et philosophiques :

- ARENDT (Hannah), « La condition de l'homme moderne », 1961, p 139-40
- CAMUS (Albert), « Le mythe de Sisyphe, essai sur l'absurde », éd. Gallimard, coll. Folio, 1942
- HOBBS (Thomas), « Le Léviathan », 1651
- HUGO (Victor), « Napoléon le Petit », Bruxelles, 1852
- LA FONTAINE (Jean), « La chatte métamorphosée en femme », livre II, 1668
- LOCKE (John), « Traité du gouvernement civil », 1690
- MONTAIGNE (Michel Eyquem), « Les Essais », Livre III, 1558, Chapitre VI, p 80
- PAGNOL (Marcel), « Souvenirs d'enfance tome 2, le château de ma mère », Paris : le livre de poche, 1958, 81 pages
- PEGUY (Charles), « Note sur Monsieur Bergson », 1914, Ed. Gallimard, coll. La Pléiade, Œuvres en prose complètes, tome III, p 1268
- PROUDHON (Pierre – Joseph), « Carnets », 26 décembre 1847
- PROUDHON (Pierre- Joseph), « Idées générales de la révolution au XIXème siècle, choix d'étude sur la pratique révolutionnaire et industrielle », 1851
- PROUDHON (Pierre- Joseph), « De la justice dans la révolution et dans l'Église », tome 1, 1858
- ROUSSEAU (Jean-Jacques), « Du contrat social ou Principes du droit politique », 1762
- VALERY (Paul), Variété IV, 1937

Articles :

- ALLAIRE (Frédéric), « L'accès à la fonction publique territoriale : entre droit administratif et droit du travail », in : *AJFP*, 2005, p 67
- AMAR (Anne), BERTHIER (Ludovic), « Le Nouveau Management Public : Avantages et Limites », in : *revue RECEMAP* (Réseau d'Enseignants, Chercheurs et Experts en Management Public), 2008.

- ANCEL (Pascal), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », in : *RTD civ.*, 1999, p. 771
- AUBIN (Emmanuel), « Caractères généraux et tendances actuelles de la fonction publique territoriale », in : *Encyclopédie des collectivités locales*, folio n °10050, 2006.
- AUBIN (Emmanuel), « De nouveaux droits pour les fonctionnaires ? », in : *AJDA*, 2011, p 2406.
- AUBIN (Emmanuel), « Les contrats précaires dans la fonction publique territoriale », in : *AJ Collectivités Territoriales*, 2011, p 552
- AUBY (Jean- Bernard), « L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public », in : *Informations sociales*, 2013, n°175, p 60-68
- BARRAUD (Boris), « La taxinomie des fonctionnaires : entre l'art et l'obsession », in : *RFDA*, 2014, p 269.
- BAZILE (Sabine), « La loi relative à la mobilité et aux parcours professionnel : entre modernisation et banalisation de la fonction publique », in : *AJFP*, 2010, p 116.
- BENTOLILA (Pierre), « éligibilité et recours au CDI dans la fonction publique territoriale : premier bilan de l'application de la loi du 26 Juillet 2005 », in : *AJFP*, 2011, p 181.
- BERTINOTTI (Dominique), « Carrières féminines et masculines dans l'administration des postes et télégraphes à la fin du XIXème siècle », in : *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, 1985, n°3, p 625 - 640
- BOCCARA (Valérie), « Le contrat administratif au cœur des préoccupations du Conseil d'État », in : *Petites affiches*, n°166, 19 Août 2008, p 3.
- BOTTEGHI (Damien), « Quelle protection pour un fonctionnaire représentant des salariés de droit privé ? », in : *RDT*, 2011, p 558.
- BOUHIER (Vincent), « De l'exception à la généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique », in : *Petites affiches*, n °24, 2 Février 2006, p 4.
- BOURDON (Jacques), « Vers une banalisation du droit de la fonction publique ? », in : *AJFP*, 2005, p 284.
- BOURDON (Jacques), « Entre unité et unification du droit de la fonction publique », in : *AJFP*, 2010, p 225.

- CHEVALIER (Yves), « La réforme budgétaire et la gestion des ressources humaines : quelles conséquences pour la fonction publique ? », in : *AJDA*, 2006, p 523.
- CHORIN (Jacky), « Les établissements publics employant simultanément des personnes de droit public et de droit privé », in : *AJDA*, 2000, p 382.
- CITOT (Vincent), « Pour en finir avec quelques poncifs sur l'égalité (les dangers de l'égalitarisme en matière culturelle, économique et politique) », in : *Le Philosophoire*, éd. : Vrin, 2012, n°37, p 5- 9.
- CLAY (Jean), Entretien, *études cinématographiques n°24/25, été 1963*, (cité dans *Le Procès* de Jean-Philippe Trias)
- CLUZEL- METAYER (Lucie), « Le principe d'égalité et de non-discrimination dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation : analyse comparée dans le domaine de l'emploi », in : *RFDA*, 2010, p 309.
- COSTA (Elsa), « Des chiffres sans les lettres, la dérive managériale de la juridiction administrative », in : *AJDA*, 2010, p 1623.
- CROUZATIER- DURANT (Florence), « Performance, efficience : le personnel de la fonction publique en mutation », in : *Droit administratif*, mars 2012, n°3.
- DARIC (Jean), « Le travail des femmes : professions, métiers, situations sociales et salaires », in : *Population*, 1955, n°4, p 675-690.
- DELASALLE (Hubert), « Le retour du « Janus Bifrons » : quand un salarié de droit privé est mis à disposition d'une personne publique », in : *la revue juridique de l'économie publique*, n°665, juin 2009.
- DELVOLVE (Pierre), « De Martin à Bonhomme. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs », in : *RFDA*, 2014, p 438
- De LAUBADERE (André), « Administration et contrat », in *Mélanges offerts à J. Brethe de la Gressaye*, éd. Bière, 1968, p. 453
- DE MONTECLER (Marie-Christine), « Passer des concours de sélection à des concours de recrutement », in : *AJDA*, 2008, p 324
- DE MONTECLER (Marie-Christine), « Un rapport sur la précarité dans la fonction publique territoriale », in : *Dalloz actualité*, 25 mars 2011
- DE MONTECLER (Marie-Christine), « L'oxymore et l'érosion de la jurisprudence Bayeux », in : *AJDA*, 2015, p 2105

- DE MONTECLER (Marie- Christine), « Adoption définitive de la loi déontologie », in : *Dalloz actualité*, 7 avril 2016
- DESBARATS (Isabelle), KOPEL (Sandrine), « Les agents contractuels de la fonction publique territoriale française, de la précarité juridique à l'atout managérial ? », in : *Revue française d'administration publique*, 2005, n°115, page 481-493
- DONNETTE (Anaëlle), « L'impact du droit public sur le droit privé du travail », in : *La semaine juridique Social*, n °45, 9 Novembre 2010.
- DURAND (Paul), « Naissance d'un droit nouveau. Du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », in : *Droit social*, juillet- Août 1952, n°7, p. 437
- DYENS (Samuel), « Le recours « Tarn-et-Garonne » : quand la sécurité juridique prime sur la légalité », in : *AJ Collectivités Territoriales*, 2014, p 375.
- ESCANDE-VARNIOL (Marie-Cécile), PAULIN (Jean- François), « la performance du salarié confronté au droit du travail », in : *travail et emploi*, avril 2004, n°98, p 95-108
- FEKL (Matthias), « la fonction publique française et l'Europe communautaire : entre adaptation, réforme et influence », in : *Petites affiches*, n°79, 19 Avril 2007, p 16.
- FITTE-DUVAL (Annie), « Statut et contrat : quelle coexistence dans la fonction publique hospitalière », in : *AJFP*, 2011, p 250
- FITTE-DUVAL (Annie), « Les statuts des personnels de santé : une longueur d'avance pour la flexibilité », in : *AJFP*, 2011, p 7
- FORTIER (Charles), « La consolidation juridique du lien fonction publique – service public : éléments pour une définition matérielle de l'agent public », in : *AJDA*, 1999, p 291.
- FORTIER (Jean- Claude), « la déconfiture de l'État- stratège », in : *AJFP*, 2010, p 1.
- GEA (Frédéric), « Vers un nouveau modèle de droit du travail ? », in : *La semaine sociale Lamy*, n° 1569, 28 Janvier 2013.
- GLASER (Emmanuel), « La situation des agents public contractuels », in : conclusions sur Conseil d'État, section, 31 décembre 2008, M Cavallo, *AJDA*, 2009, p 142.
- GLENARD (Guillaume), « La notion d'agent public : entre vie et trépas », in : *Droit Administratif*, Août 2005, n°8, étude 14

- GUERFEL-HENDA (Sana), EL ABBOUBI (Manal), EL KANDOUSSI (Fatima), « La socialisation organisationnelle des nouvelles recrues », in : *Revue Interdisciplinaire sur le Management et l'Humanisme*, n° 4, novembre/décembre 2012.
- HEAS (Franck), « Les obligations de reclassement en droit du travail », in : *Droit social*, 1999, p 504.
- IANELLO (Carlo), « L' "idée" de service public et les paradoxes du processus de privatisation en Italie », in : *AJDA*, 2012, p 2150
- JEANNARD (Sébastien), La révocation en droit de la fonction publique, in : *AJFP*, 2012, p 284
- JEAN – PIERRE (Didier), « L'article L 122-12 du code du travail et du droit de la fonction publique : quand l'incompréhensible se conjugue à l'inapplicable », in : *La semaine juridique Edition Générale*, n°52, 22 Décembre 2004.
- JEAN-PIERRE (Didier), « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 Juillet 2005 », in : *La semaine juridique administrations et collectivités territoriales*, n° 35, 29 Août 2005, 1306
- JEAN-PIERRE (Didier), « 1946-2006 : du statut général des fonctionnaires à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique », in : *La semaine juridique administrations et collectivités territoriales*, n° 42, 16 octobre 2006, 1241
- JEAN-PIERRE (Didier), « La mise à disposition de personnels dans les collectivités territoriales », in : *La semaine juridique Administrations et collectivités territoriales*, n°30, 21 juillet 2008, 2180
- JEAN-PIERRE (Didier), « Décret fixant les modalités d'organisation des concours pour le recrutement des attachés territoriaux », in : *La semaine juridique Administrations et collectivités territoriales*, n°29, 13 juillet 2009, act.860
- JEN-PIERRE (Didier), « La rénovation du dialogue social dans la fonction publique », in : *Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°38, 20 septembre 2010, 2284.
- JEAN-PIERRE (Didier), « Une fonction publique sans fonctionnaires ? », in : *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 17, 26 Avril 2011, 2170.
- JEAN-PIERRE (Didier), « "Impression, soleil levant" sur le nouveau régime des concours d'attaché territorial », in : *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales*, n° 35, 29 Août 2011, act.550

- JEAN-PIERRE (Didier), « L'instauration d'un jour de carence pour le congé de maladie ordinaire dans la fonction publique », in : *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales*, n° 5, 6 février 2012, act.68
- JEAN- PIERRE (Didier), « La loi du 12 mars 2012 et la consécration du dualisme statutaire dans la fonction publique », in : *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°36, 10 septembre 2012, 2290.
- JEAN-PIERRE (Didier), « Le rapport Pêcheur : une réflexion nouvelle sur le statut des fonctionnaires », in : *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°49, 2 décembre 2013, 2351.
- JEAN-PIERRE (Didier), « Le projet de loi sur la déontologie des fonctionnaires : un peu de moralisation, beaucoup de précipitation », in : *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n °31-35, 29 juillet 2013, act. 665.
- JEAN-PIERRE (Didier), « Comment distinguer le vrai du faux ? .- A propos des vacataires de la fonction publique territoriale », In : *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°45, 10 novembre 2014, 2315
- JEAN-PIERRE (Didier), « L'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels de l'État », in : *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°50, 15 décembre 2014, p 2347
- JEAN-PIERRE (Didier), « Recrutement sur les emplois fonctionnels mentionnés à l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984 : le recours au CDI est possible », in : *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°5, 8 février 2016, 2033
- JUMEL (Brigitte), « L'emploi public au service des missions », in : *RFFP*, n°111, 1^{er} Septembre 2010, p 231.
- LACHAUME (Jean- François), « Le formalisme », in : *AJDA*, 1995, p 133
- LE BIHAN-GRAF (Christine), « S'appuyer sur le droit communautaire pour donner sa pleine mesure au modèle de fonction publique de carrière », in : *Les cahiers de la fonction publique*, n°242, février 2005.
- LEKEUFACK (Charles), « Recherche d'une politique communautaire de fonction publique », in *AJFP*, 2009, p 107
- LEKEUFACK (Charles), « Essai d'un modèle européen de fonction publique », in : *AJFP*, 2009, p 275

- LESTRADE Brigitte, « Minijobs en Allemagne. Une forme de travail à temps partiel très répandue mais contestée », in : *Revue Française des Affaires Sociales*, éd. : La documentation française, 2013, n°4, 158 p
- LOKIEC (Pascal), « Le contrat de travail unique, une fausse bonne idée ! », in : *Recueil Dalloz*, 2014, p 2456
- MAURI MAJOS (Joan), MALARET GARCIA (Elisenda), « L'emploi public espagnol : entre publicisation des salariés contractuels et privatisation du statut des fonctionnaires », in : *Revue française d'administration publique*, 2010, n°132
- MARC (Emmanuelle), « L'utilisation du contrat par les collectivités territoriales en matière de fonction publique territoriale », in : *Revue Contrats et Marchés publics*, n°, mai 2007, étude 11.
- MARC (Emmanuelle), STRUILLLOU (Yves), « Droit du travail et droit de la fonction publique : des influences réciproques à l'émergence d'un « droit de l'activité professionnelle ? », in : *RFDA*, 2010, p 1169.
- MARC (Emmanuelle), « La fin non assumée de la garantie de l'emploi des fonctionnaires et/ou l'émergence d'un droit individuel à la reconversion professionnelle ? », in : *AJDA*, 2011, p 162.
- MARC (Emmanuelle), « Une protection accrue de la santé et de la sécurité de « l'homme au travail » dans la fonction publique », in : *AJDA*, 2011, p 2284.
- MARC (Emmanuelle), « Les statuts de l'emploi », In : *AJDA*, 2011, p 2411.
- MARC (Emmanuelle), « Le statut à trente ans, vive le contractualisme... », In : *La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°29, 15 juillet 2013.
- MARCOVIVI (Emilie), « André De Laubadère, théoricien du droit des contrats administratifs », In : *Revue Française de Droit Administratif*, 2010, p 1240
- MARCOVICI (Laurent), « Des agents publics contractuels mieux protégés », in : *AJDA*, 2010, p 784.
- MAUPAIN (Francis), « L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière : peut-on réguler sans contraindre ? », Bureau International du Travail, Institut International d'études sociales, 31 octobre 2012, 316 p
- MEKHANTAR (Joël), « La sécurité de l'emploi, garantie des fonctionnaires », in : *AJFP*, 1996, p 32
- MELLERAY (Fabrice), « Fonction publique et service public : le cas France Télécom », in : *AJDA*, 2003, p 2078.

- MELLERAY (Fabrice), « L'impact des lois du 26 Juillet sur les équilibres de la fonction publique », in : *AJFP*, 2005, p 225.
- MELLERAY (Fabrice), « Les réformes contemporaines de la fonction publique remettent-elles en cause le compromis de 1946 ? », in : *RDP*, n°1, 20 Juin 2006, p 185.
- MELLERAY (Fabrice), « La loi de modernisation de la fonction publique mérite-t-elle son titre ? », in : *AJDA*, 2007, p 507.
- MERRIEN (François- Xavier), « La nouvelle gestion publique : un concept mythique », in : *Lien social et Politiques*, n°41, 1999, p. 95-103
- MONIOLLE (Carole), « L'effet attractif du fonctionariat sur la situation des agents non titulaires », in : *AJDA*, 2001, p 2395.
- MONIOLLE (Carole), « Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entre complémentarité et opposition », in : *AJFP*, 2010, p 234.
- MONIOLLE (Carole), « Un renforcement des droits et de la logique statutaire des contractuels de l'État », in : *AJDA*, 2015, p 239
- NIQUEGE (Sylvain), « indemniser la précarité », in : *AJFP*, 2015, p 241
- PAULIAT (Hélène), « Agents contractuels de la fonction publique territoriale : du nouveau ! », in : *la Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°1, 11 janvier 2016, act. 12
- PEISER (Gustave), « Les concours professionnalisés face au principe d'impartialité », in : *AJDA*, 2010, p 1996
- PEREIRA (Brigitte), « Libéralisation du marché du travail : vers une flexisécurité à la française », in : *Revue management et avenir*, 2010, n°4, p 320
- PERES (Cécile), « Du contrat public en général et du *rescrit contractuel* en particulier », in : *Revue Des Contrats*, 1^{er} Janvier 2009, n°1, p 17.
- PERROT (Charles), « Échelle de mesure de la socialisation organisationnelle : état de l'art et perspective », in : *management international*, volume 13, numéro 4, 2009, p 115-127.
- PIGNARRE (Geneviève), « Et si l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », in : *Revue Des Contrats*, 1^{er} Janvier 2013, n°1, p 251
- POCHARD (Michel), « Quel avenir pour la fonction publique ? », in : *AJDA*, 2000, p 3.
- POCHARD (Michel), « Un même grand timonier pour les fonctionnaires et les salariés : épisode ou symbole ? », in : *AJDA*, 2010, p 641.

- POIRIER (Mireille), « Négociation collective : arrêter le massacre- Deuxième partie : la négociation collective vecteur d'altération en droit du travail », in : *Droit ouvrier*, 2013, n°777, p 13
- POIROT (Jean-Christophe), « CDI, un casse-tête pour DRH », in : *La lettre du cadre territorial*, 15 janvier 2011, n°414
- POIROT (Jean- Christophe), interview de Didier (Jean-Pierre), « Une fonction publique à deux statuts », in : *La lettre du cadre territorial*, 1^{er} mars 2013, n°459
- PRIET (François), « Mort d'un (du) concours ? », in : *AJDA*, 2009, p 1513.
- RICHER (Laurent), « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », in : *AJDA*, 2003, p 973
- RIPERT (Georges), Ébauche d'un droit civil professionnel, in : *études Capitant*, 1939, p 677-694
- RIVERO (Jean), « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », in : *RDP*, 1953, p. 279- 295
- SILHOL (Bruno), « La propriété de l'emploi : genèse d'une notion doctrinale », in : *RDT*, 2012, p 24
- STRUILLOU (Yves), « Le droit du travail, horizon indépassable du droit de la fonction publique ? », In : *AJDA*, 2011, 2399
- SUPIOT (Alain), « La crise de l'esprit de service public », in : *Droit Social*, n° spéc., décembre 1989, p 777-783
- SUPIOT (Alain), « Un faux dilemme : la loi ou le contrat », in : *Droit social*, 2003, n°1, p 13
- TAILLEFAIT (Antony), « Le recours aux entreprises de travail temporaire par les collectivités territoriales », in : *AJ Collectivités Territoriales*, 2010, p 23
- TAURAN (Thierry), « Les distinctions en droit du travail », in : *Petites affiches*, 23 décembre 1999, n°255, p 4
- THOENIG (Jean- Claude), « Serviteurs de l'État ou manager public : le débat en France », in : *politiques et mangement publics*, vol.6, n°2, 1988, p 81-92.
- TOUZEIL – DIVINA (Mathieu), « Travaillisation » ou « privatisation » des fonctions publiques », in : *AJFP*, 2010, p 228.
- VOVARD (Agathe), « Effectifs, salaires, temps de travail des fonctionnaires : les propositions choc de la Cour des Comptes », in : *La gazette des communes*, 09 octobre 2015

- WOLIKOW (Julien), « Fonctionnaires et salariés : divergences, convergences », In : *AJFP*, 2010, p 172.
- WOLMARK (Cyril), « Faut-il rapprocher les statuts d'agents publics et de salariés ? », in : *RDT*, Mars 2010, p 144.

Thèses :

- BERTHON (Geoffroy), sous la Direction de GABAR (Christian – Albert), *Les agents de l'administration et le droit du travail : recherche sur la spécificité du droit applicable aux agents des services publics administratifs gérés par des personnes publiques*, 2008, Université François Rabelais (Tours).
- CHARBONNEL (Lionel), Thèse sous la Direction de PELISSIER (Anne), *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, 2010, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse
- DA COSTA (Stéphanie), sous la Direction de JEAN-PIERRE (Didier), *La rémunération des fonctionnaires : contribution à l'étude du droit des rémunérations publiques en France*, 2007, Université Jean Moulin (Lyon).
- DAIOGLOU (Hélène), sous la Direction de ROY – LOUSTAUNAU (Claude), *La gestion de l'emploi précaire dans la fonction publique*, 2008, Université Paul Cézanne (Aix- Marseille).
- DURLACH – VALLERIN (Emilie), sous la Direction de LYON –CAEN (Antoine), *Droit à l'emploi et droit du travail*, 2006, Université de Paris – Nanterre.
- EL –BEHERRY (Ibrahim Refaat Mohamed), sous la Direction de GOURDET (Geneviève), IBRAHIM (Ibrahim Ahmed), *Théorie des contrats administratifs et marchés publics internationaux*, 2004, Université de Nice Sophia-Antipolis.
- FONT (Nicolas), sous la Direction de PONTIER (Jean – Marie), *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, 2007, Université Paul Cézanne (Aix – Marseille).
- MONIOLLE (Carole), sous la Direction de RODIERE (Pierre), *Les agents non titulaires de la fonction publique de l'État, entre précarité et pérennité*, 1997, Université Paris 1 Panthéon- Sorbonne ; Publication : Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1999
- PEQUIGNOT (Georges), *Contribution à la théorie générale du contrat administratif*, 1945, Université de Montpellier, 635 pages.

- PERRIER (EG), *De la révocation des fonctionnaires*, Thèse, Paris, Arthur Rousseau, 1903

Rapports, colloques, conférences :

DGAFP

- DGAFP, journée d'étude : « *l'approche métier dans le respect d'une fonction publique de carrière* », 26 mars 2003
- DGAFP, dossier, « La situation en 2007 des non titulaires présents dans la fonction publique d'État », 2007
- DGAFP, « le dispositif d'évaluation dans la fonction publique », powerpoint, 2008
- DGAFP, « La gestion prévisionnelle des ressources humaines, guide méthodologique », décembre 2008
- DGAFP, « Fonction publique, chiffres-clés », coll. fonction publique faits et chiffres, 2010
- DGAFP, « Fonction publique, chiffres-clés », coll. fonction publique faits et chiffres, 2011
- DGAFP, Rapport « Les recrutements externes dans la fonction publique en 2011 », statistiques et recherches sur la fonction publique, 2011
- DGAFP, rapport « point statistiques », « Les recrutements externes dans la fonction publique d'État et la fonction publique territoriale », 2012
- DGAFP, rapport annuel, « Fonction publique, chiffres-clés », coll. fonction publique faits et chiffres, 2012
- DGAFP, Statistiques et recherche sur la fonction publique, « l'emploi dans les trois versants de la fonction publique en 2012 », 2012
- DGAFP, « Fonction publique, chiffres-clés », coll. fonction publique faits et chiffres, 2013
- DGAFP, rapport : « Faits et chiffres l'essentiel », 2013
- DGAFP, « Statistiques et recherche sur la fonction publique, l'emploi public en 2013, principales évolutions », 2013
- DGAFP, « Outils de la GRH : bonnes pratiques de gestion des ressources humaines », bilan 2013
- DGAFP, rapport annuel sur l'état de la fonction publique, « politique et pratique de ressources humaines, faits et chiffres », 2014

Cour des comptes

- Cour des Comptes, rapport public, « La Fonction publique de l'État », 2001, p 87
- Cour des Comptes, rapport public, « Les finances publiques locales », octobre 2015

Conseil d'État

- Conseil d'État, *Perspectives pour la fonction publique, rapport public 2003 : jurisprudence et avis de 2002*, La documentation française, 2004, coll. « Études et documents du Conseil d'État », n° 54
- Conseil d'État, *le contrat mode d'action publique et de production de normes, rapport public de 2008 : activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, La documentation française, 2008, coll. « Études et documents du Conseil d'État », n° 59

Sénat

- Sénat, GOURAULT (Jacqueline), rapport législatif n°251, projet de loi portant diverses mesures de transposition du droit communautaire au droit de la fonction publique, 16 mars 2005
- Sénat, PORTELLI (Hugues), rapport n°113, projet de loi de modernisation de la fonction publique, 13 décembre 2006
- Sénat, Rapport n° 260, projet de loi relatif à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, Annexe 2 – Les plans de titularisation dans la fonction publique, 17 janvier 2012
- Sénat, GOURAULT (Jacqueline), KALTENBACH (Philippe), rapport d'information au nom de la commission des lois et de la commission du contrôle de l'application des lois, « *Les premiers enseignements du quinzième plan de lutte contre la précarité dans la fonction publique* », 23 juillet 2014, n°772

Fonction publique

- FOURNIER (Jacques), « Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique : rapport au Ministre de la Fonction publique et de la réforme d'État », in : documentation française, 2002, 205 p

- Institut de la gestion publique et du développement économique, « la performance de la fonction « ressources humaines », étude comparative », 2007
- DESFORGES (Corinne), CHALYRON (Jean-Guy), Rapport de la mission préparatoire au réexamen général du contenu des concours d'accès à la fonction publique de l'État, janvier 2008
- SILICANI (Jean – Ludovic), *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, La documentation française, 2008
- CSFPT, Rapport sur la précarité dans la fonction publique territoriale, 16 mars 2011
- Rapport du Ministère de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique, chiffres-clés 2012
- Revue française d'administration publique, *Changer la fonction publique*, ENA, 2009, n°132, 256 p
- Propositions de l'association des directeurs des ressources humaines des grandes collectivités à Madame la Ministre de la décentralisation et de la fonction publique, réforme de la fonction publique, 12 décembre 2012.
- PECHEUR (Bernard), *Rapport sur l'avenir de la fonction publique*, Bibliothèque des rapports publics, La documentation française, 2013
- Inspection générale de l'administration, Inspection générale des finances, Inspection générale des affaires sociales, rapport : « Affectation et mobilité des fonctionnaires sur le territoire », Septembre 2013
- Observatoire social territorial de la Mutuelle Nationale Territoriale, rapport : « les mobilités : un levier de management ? », les cahiers de l'observatoire social territorial, n°12, juin 2014
- Inspection Générale de l'Administration, rapport : « la formation des agents territoriaux » ; Bilan, analyse et perspectives d'avenir, juillet 2014

Divers

- WRESINSKI (joseph), Grande pauvreté et précarité économique et sociale, rapport présenté au nom du Conseil économique et social, 1987
- RECEMAP Réseau d'Enseignants, Chercheurs et Experts en Management Public, AMAR (Anne), BERTHIER (Ludovic), *Le Nouveau Management Public : Avantages et Limites*, 2003.
- Mairie de Paris, Inspection Générale, rapport sur l'audit des procédures disciplinaires, juin 2012, n°11-24

- Le collectif de l'Unité du droit, sous la responsabilité de SWEENEZ (Morgan), TOUZEIL- DIVINA (Mathieu), *Droit du travail et fonctions publiques : une unité du droit ? Influences, convergences, harmonisation*, 30 Septembre et 1^{er} Octobre 2010, Le Mans : L' épitoge, 2012, 260 p.
- Bureau International du Travail, conférence internationale du travail, *La négociation collective dans la fonction publique, un chemin à suivre*, 102^{ème} session, 2013.
- OCDE, « Études économique de l'OCDE, France », synthèse, mars 2015

Presse :

- GATTAZ (Pierre), 30 octobre 2014 : « *Reste que pour lever le frein juridique, il faut sortir de la convention 158 de l'Organisation internationale du travail qui nous oblige à justifier les motifs du licenciement. Tant qu'on aura cette contrainte supranationale, peu importe le contrat, le fond du problème ne sera pas traité* ».
- DUPAYS (Alain), in : *L'express*, 16 février 2006
- HOLLANDE (François), in : *Le parisien*, entretien coordonné par le service politique, 4 mars 2015
- La CGT, communiqué de presse, 1^{er} avril 2011, « Ruptures conventionnelles : l'édifice se fissure » : « *Depuis, nos craintes se sont révélées exactes. Le nombre de rupture conventionnelle a explosé (plus de 500 000 ruptures depuis d'août 2008) et dans la grande majorité des cas, ces salariés qui ont « choisi » de rompre leur CDI en période de crise se sont inscrits au chômage* »
- Ministère de la décentralisation et de la fonction publique, communiqué de presse : « *Marilyse Lebranchu présente le projet d'accord "parcours professionnels, carrières et rémunérations" aux syndicats de la fonction publique, pour une fonction publique attractive, exemplaire et proche des citoyens* », 9 juillet 2015

Webographie :

- www.anicetlepors.blog.lemonde.fr : article 30^{ème} anniversaire du statut général des fonctionnaires.
- www.cnrtl.fr
- www.dalloz.fr
- www.doctrinal.fr
- www.inegalites.fr, rubrique éducation : « pas de diversité sociale à l'ENA »

- www.info.emploipublic.fr
- www.insee.fr : « la fonction publique : vers plus de diversité ? »
- www.lagazettedescommunes.com : FORRAY (Jean- Baptiste), « Les républicains veulent enterrer le statut de la fonction publique », 10 mars 2016
- www.larousse.fr
- www.legifrance.fr
- www.lesechos.fr : SCHAFFER (Frédéric), « Macron enflamme la gauche en ouvrant le débat sur la fonction publique », 20 octobre 2015
- www.lexisnexis.fr
- www.lextenso.fr
- www.sudoc.abes.fr
- www.unjf.fr
- www.vie-publique.fr

TABLE DE JURISPRUDENCE

Tribunaux Administratifs

- TA, Paris, 8 févr. 1990, *Préfet du Val-de-Marne c. Synd. Intercommunal du centre informatique d'Orly*
- TA, Dijon, 14 janvier 1997, *Mlle Anne Del Gaudio c./ Recteur de l'Académie de Dijon*, n° 94677, 941811 ; in : *AJFP* : 1997, n° 4, p 44-49
- TA, Paris, 26 juin 2000, *Préfet de Seine-Saint-Denis*
- TA, 29 Novembre 2000, *Mlle Doulache*, n° 9701219
- TA, Amiens, 17 février 2009, *Mme Grebert*, n° 0700034, *AJFP* : 2009, p 190
- TA, Toulon, 17 Juin 2010, *Société ADW Network*, n° 0901622, *AJDA* : 2012, p 2388
- TA, Cergy- Pontoise, 28 Juin 2010, *Mlle Le Gall*, n° 0709150, *AJFP* : 2011, p 130
- TA, Amiens, 7 novembre 2014, n° 1301977, *AJFP* : 2015, p 66

Cours Administratives d'Appel

- CAA, Paris, 5 décembre 1989, *M. Jodelet ctre Commune de Joinville-le-Pont*, n°89PA00948, *recueil Lebon* : 31 décembre 1990, *AJFP* : 2015, p 11
- CAA, Douai, 17 janvier 2001, *Mme X ctre la Commune d'Eu*, n° 98DA12146, *Cabon*. - V. D. JEAN-PIERRE, *Les contrats à durée indéterminée de droit public dans la fonction publique territoriale*, *JCP Adm.* : 2003, Chron. 1308 ; V. BOUHIER, *De l'exception à la généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique*, *LPA* : févr. 2006, n° 24, p. 4. ; P. VÉRON et J. BAZIN, *Appliquer le CDI dans la fonction publique territoriale*, *Gaz. cnes* : 2 mai 2006, p. 52. ; A. FITTE-DUVAL, *Contrat à durée indéterminée dans la fonction publique : les risques d'une transposition inadaptée*, *AJFP* : 2007. 4
- CAA Marseille, 15 mai 2001, n° 98MA00558, *Recueil Lebon*
- CAA, Nantes, 2 septembre 2002, *M. X ctre Syndicat Départemental d'Énergie et d'Équipement de la Vendée*, n° 00NT01605, *Recueil Lebon*
- CAA, Nancy, 6 mai 2004, *Min. de l'Éducation nationale*, n° 03NC00214, *Recueil Lebon*
- CAA, Nancy, 18 novembre 2004, *Mme X ctre Commune de Woippy*, n° 99NC01046, *Recueil Lebon*

- CAA Paris, 7 mars 2006, *Département des Hauts de Seine*, n° 02PA00425, *AJFP* : 2009, p 146
- CAA, Marseille, 3 Juin 2008, *Syndicat intercommunal du pôle touristique des îles d'Or*, n° 06MA01407 ; in : *AJFP* : 2009, p 49
- CAA, Marseille, 21 octobre 2008, *Mme X ctre CROUS de Montpellier*, n°06MA02910, *Recueil Lebon*
- CAA, Lyon, 3 mars 2009, *Centre communal d'action sociale de Saint-Anthème ctre Commune de Suchet*, n° 07LY02775 et 08LY00629, *AJFP* : 2009, p 222
- CAA, Lyon, 10 novembre 2009, *M. A ctre le Centre Hospitalier Spécialisé de la Chartreuse*, n° 08LY00041, *AJFP* : 2010, p 274
- CAA, Paris, 10 décembre 2009, *Mme A ctre Département de Paris*, n°12PA04399, *Recueil Lebon*
- CAA, Nancy, 23 Septembre 2010, *Mme A ctre Commune de Longwy*, n° 09NC01513, *AJFP* : 2011, p 128
- CAA Bordeaux, 7 mars 2011, *Syndicat INTER 87 / Fédération Syndicale Unitaire*, n°09BX03011, *AJDA* : 2011, p 1398
- CAA, Nancy, 30 juin 2011, *Mme A ctre la Chambre de Commerce et d'Industrie du Doubs*, n°10NC00477 ; *AJDA* : 2011, p 2311 ; *AJFP* : 2012, p 51
- CAA, Versailles, 6 octobre 2011, *Mlle A ctre Commune d'Herblay*, n° 09VE02466, *Recueil Lebon*
- CAA Paris, 7 novembre 2011, *Valérie A.*, n° 09PA03445, *Recueil Lebon*
- CAA, Lyon, 19 juin 2012, *Ministre de l'éducation nationale, de la jeunesse et de la vie associative*, n° 11LY03037, *AJFP* : 2014, p 179
- CAA, Marseille, 3 juillet 2012, *M. A*, n° 10MA01846, *AJFP* : 2013, p 90
- CAA, Marseille, 9 octobre 2012, *Mme A ctre Commune de Six-Fours-les-Plages*, n°10MA04621, *AJDA* : 2013, p 270
- CAA, Versailles, 19 juin 2014, *Mme A ctre Commune de Gonesse*, n° 13VE01222, *AJFP* 2014, p 367
- CAA, Bordeaux, 22 décembre 2014, *CNFPT*, n°14BX01441, *AJFP* : 2015, p 129, *AJDA* : 2015, p 730

Conseil d'État

- CE, 30 mars 1876, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, R. 125, concl. CHARDENET ; D. 1916.III.25, concl. ; RDP 1916, p. 206, concl., p. 388, note G. JÈZE ; S. 1916.III.17, concl., note M. HAURIU ; GAJA
- CE, 4 août 1905, *Martin*, n° 14220, *Recueil Lebon* p 749, GAJA n°15, concl. Romieu, D. 1907. 3
- CE, 7 août 1909, *Winkell*, n° 37317, *Recueil Lebon* p 826, concl. Tardieu ; D. 1911. 3. 17 ; RD publ. 1909. 404, note Jèze (Gaston) ; S. 1909. 3. 145, note Hauriou (Maurice)
- CE, 31 Juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges ctre. Ville de Lille*, n° 30701, *Recueil Lebon* p. 909, concl. L. Blum, GAJA n°25
- CE, 2 mars 1949, *syndicat national du personnel civil des services de contrôle technique*, *Recueil Lebon* p 102
- CE, 5 mai 1951, *Dobrouchkess*, *Recueil Lebon* p 291
- CE, Sect. 20 Avril 1956, *Epoux Bertin*, R. 167 ; AJDA 1956.II.272 et 221, concl. M. Long et chron. J. Fournier et G. Braibant ; RDP 1956, p. 869, concl., note M. Waline ; D. 1956, p. 433, note A. De Laubadère ; RA 1956, p. 496, note G. Liet- Veaux ; GAJA
- CE., avis, 22 mars 1973, *Dr. soc.* 1973, p. 515, *Dr. Ouvrier* p 190, *Grand avis du Conseil d'État*, 2^{ème} éd., P 117, comm. G. Couturier
- CE, ass.,8 juin 1973, *Dame Peynet*, n° 80232, R. 406, concl. S. Grevisse ; AJDA : 1973, p 587, chron. D. Leger et M. Boyon, JCP : 1945. II. 17957, note Y. Saint-Jours
- CE, 9 novembre 1973, *Grould*, n°82190, *Recueil Lebon* p 634
- CE, sect, 30 Mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, n° 86738, R. 326 ; AJDA : 1975, p. 345, chron. M. Franc et M. Boyon; D. 1976, p. 3, note F. Moderne
- CE, 18 février 1977, *Abellan*, n° 95. 354, *Recueil Lebon* p 96, *Dr. Soc.* 1977, p 166, concl. P. Dontdoux
- CE, 11 mai 1977, *syndicat national du personnel naviguant de l'aéronautique*, n° 98974, *Recueil Lebon* p 209, JCP : 1978. II. 18930, note J. Dufau
- CE, 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des Postes et télécommunications du Haut-Rhin*, n° 07636, *Recueil Lebon* p 30, JCP : 1980. II. 19450, note E. Zoller
- CE, 1^{er} février 1980, *Ministre du travail ctre Société Peintures Corona*, n° 06361, *Recueil Lebon* p 59, concl. M. Bacquet

- CE, 14 novembre 1980, *Guilley*, n° 12322, *Recueil Lebon* p 430, concl. J.F Théry
- CE, 2 décembre 1987, *M. Tanesie*, n° 68883, *Recueil Lebon* p 788
- CE, 16 octobre 1989, *Mlle Dijon*, n° 71885, *Recueil Lebon* p 764
- CE, 28 novembre 1990, *Havel*, n° 78450
- CE, 27 novembre 1992, *Féd. Interco CFDT et autres*, n°129600, *Rec. CE* 1992, p. 426, *AJDA* : 1993, p. 208, note Aubry F.-X.
- CE, 9 mai 1994, *Cresp*, n° 76076, *Recueil Lebon* p.225
- CE, 4 juillet 1994, *Marki*, n° 118298
- CE, 13 janvier 1995, *Granero*, n° 147235, *Recueil Lebon* p 25
- CE, 27 février 1995, *Préfet de l'Essonne*, n° 150631, *Recueil Lebon* p 113 ; *RFDA* : 1995, p 417 ; *AJDA* : 1995, p 180
- CE, 27 mars 1995, *Heulin*, n° 104274, *Recueil Lebon* p 141
- CE, 29 décembre 1995, *Préfet du Val d'Oise ctre Commune de Bézons*, n° 118654, *Recueil Lebon* p 476 ; *Dr. Adm.* : 1995, n° 92, concl. V. Péresse
- CE, 19 juin 1996, *synd. Général CGT des personnels des affaires culturelles*, n°141728 145043, *Recueil Lebon* p 233
- CE, 15 novembre 1996, *Chambre des métiers du Val-de-Marne*, n° 151932
- CE, 14 mars 1997, *Mlle Lepré*, n° 154693
- CE, 14 mars 1997, *Rietcsh- Cavrois*, n° 147572, *AJFP* : 1997, p 48
- CE, 12 juin 1998, *Robert*, n° 157776, *Recueil Lebon* p 232 ; *AJFP* : 1999, p 42
- CE, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n° 149662, *Recueil Lebon* p 375 ; *RFDA* : 1999, p 128 ; concl. Stahl, p 139, note Pouyaud ; *AJDA* : p 1041, chron. Fombeur et Raynaud
- CE, 27 octobre 1999, *Bayeux*, n° 178412, *Recueil Lebon* p 335 ; concl. Stahl ; *Droit adm.* : 1999, n°306 ; *Gazette communes* : 13 novembre 1999, p. 64 ; *RFDA* : 1999, p. 1289 ; *RDP* : 2000, p. 362, chron. C. Guettier
- CE, 29 novembre 2000, *Commune de Païta*, n° 205143, *Recueil Lebon* p 574, *AJDA* : 2001, p 101 et 219, étude L. Richer ; *CJEG* : 2001 p 148, note P. Subra de Bieusses ; *Coll. Terr.* 2001, n° 52, obs. T. Célérier ; *Dr. adm.* : 2001, n° 7 ; *RFDA* : 2001 p 242
- CE, 1^{er} octobre 2001, *Commune des Angles, Régie autonome des sports et loisirs de la commune des Angles*, n° 221037, *Recueil Lebon* tables p 793 et p 1025, concl. F. Seners

- CE, 2 octobre 2002, *Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle*, n° 227868, *Recueil Lebon* p 319, concl. D. Piveteau ; *AJDA* : 2002, p 1294, note M.-C. de Montecler ; *AJFP* : 2002, p 41
- CE, 20 novembre 2002, *Syndicat des médecins inspecteurs de santé publique*, n° 240505 ; *AJDA* : 2003, p 694
- CE, sect., 6 novembre 2002, *Guisset*, n°227147, *Recueil Lebon* p 376 ; *AJDA* : 2002, p 1440, chron. F. Donnat et D. Casas ; *RFDA* : 2003, p 984, concl. Stahl ; *AJFP* : 2003, p 34
- CE, 26 mars 2003, *Syndicat national CGT INSEE*, n° 230011, *Recueil Lebon* p 149 ; *AJDA* : 2003, p 1115, concl. G. Le Chatelier ; *AJFP* : 2003, p 52, note J. Mekhantar
- CE, du 22 octobre 2004, *Lamblin*, n° 245154, *Recueil Lebon* p 382 ; *AJDA* : 2004, p 2153, Chron. C. Landais, F. Lenica ; *AJDA* : 2004, p 2241, note M.C. De Montecler ; *RFDA* : 2005, p 187, concl. E. Glaser ; *RFDA* : 2005, p 1205, note G. Clamour ; *AJFP* : 2005, p 20 ; *RTD com.* : 2005, p 269, note G. Orsini ; *RTD eur.* : 2005, p 839, chron. D. Ritleng
- CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, n° 291545, *Recueil Lebon* p 360 ; *AJDA* : 2007, p 1577, chron. F. Lenica, J. Boucher ; *AJDA* : 2007, p 1497, trib. S. Braconnier ; *AJDA* : 2007, p 1777, trib. J-M Woehrling, *AJDA* : 2007, p 2200, note S. Braconnier ; *RFDA* : 2007, p 696, concl. D. Casas ; *RFDA* : 2007, p 917, note F. Moderne ; *RFDA* : 2007, p 923, note D. Pouyaud ; *RFDA* : 2007, p 935, note M. Canedo-Paris ; *RFDA* : 2007, p 951, M-C Vincent – Legoux ; *RJEP* : 2007, p 645, concl., note P. Delvolvé
- CE, 5 Octobre 2007, *Société UGC-CINE-CITE ctre Commune d'Epinal*, n° 298773 ; *AJDA* : 2007, p 1903 ; *AJDA* : 2007, p 2260, note J.-D. Dreyfus ; *AJDA* : 2008, p 169, trib. G. Clamour ; *Droit adm.* : décembre 2007, p 22, note A. Ménéménis ; *CMP* : novembre 2007, p 1903, comm. G. Eckert ; *BJCP* : 2005, n° 55, p. 483, concl. D. Casas ; *JCP Adm.* : 2007, n° 2294, note F. Linditch ; *RJEP* : 2008, comm. 19, note D. Moreau ; *RLC* : 2008, n° 998, note G. Clamour ; *RLCT* : 2008, n° 31, p. 26, note C. Mondou
- CE, 31 décembre 2008, *Cavallo*, n° 283256, *Recueil Lebon* p 481, concl. E. Glaser ; *AJDA* : 2009, p 5 ; *AJDA* : 2009, p 142, chron. S.-J. Lieber, D. Botteghi ; *AJFP* : 2009, p 153, note G. Galley ; *RFDA* : 2009, p 89, concl. E. Glaser
- CE, 23 février 2009, *Moutterlos*, n°304995, *JCP adm.* : 2009, n° 15, comm. 2085, note G. P., *AJDA* : 2009, p 399 ; *AJFP* : 2009, p 141, concl. J. Burguburu

- CE, 6 mars 2009, *syndicat national des ingénieurs de l'industrie et des mines*, n°309922, *Recueil Lebon* p 93 ; *AJDA* : 2009, p 452 ; *AJFP* : 2009, p 122 ; *RDT* : 2009, p 700, concl. Y. Struillou ; *RFDA* : 2009, p 1249, concl. Y. Struillou ; *Dr. adm.* : 2009, n°73, obs. F. Melleray
- CE, 24 juillet 2009, *M^{me} Christine Ragot c/ Maison de retraite de Beuzeville*, n° 311850 ; *Recueil Lebon T.* p 813 ; *AJDA* : 2009, p 1520 ; *AJFP* : 2009, p 331
- CE, 14 octobre 2009, *Masson c/ Région Provence-Alpes-Côte-d'Azur*, n° 314722, *Recueil Lebon T.* p 796 ; *AJDA* : 2009, p 1923
- CE, ass, 28 décembre 2009, *syndicat national du travail, de l'emploi et de la formation (SYNTEF- CFDT) et autres*, n°316479, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2010, p 4 ; *AJDA* : 2010, p 568, note E. Marc ; *RFDA* : 2010, p 605, concl. Y. Struillou
- CE, 17 février 2010, *Mme Henny*, n°308852, *JCP Adm.*: 2010, n° 22, comm. 2185, note F. Dunyach ; *AJDA* : 2010, p 2117, note E. Aubin
- CE, 19 juillet 2010, *Gehin et Thiebaut*, n° 326383, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2010, p 1509 ; *AJDA* : 2010, p 1996, note G. Peiser
- CE, 4 mai 2011, *Mme Prod'homme*, n° 318644, *Recueil Lebon T.* ; *AJDA* : 2011, p 932 ; *AJCT* : 2011, p 529, obs. L. Derridj
- CE, 27 juin 2011, *Association « sauvons l'université »*, n°340164, *Recueil Lebon T.* p 725, 1062 ; *AJDA* : 2011, p 1353 ; *Droit adm.* : 2011, p 87, note F. Melleray ; *JCP adm.* : 2011, actu. 499
- CE, 27 juin 2011, *Mme A*, n°327237, *Recueil Lebon* p 1112, *AJDA* : 2011, p 1863 ; *RLCT* : décembre 2011, n°74, p 18, note E. Aubin
- CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration*, n° 348648, *Recueil Lebon* p 662 ; *JCP Adm.* : 2012. Actu. 13, obs. L. Erstein, et 2012, n° 2154, obs. L. Linditch ; *CMP* : février 2012, comm. 56, note J.-P. Pietri ; *Droit adm.* : février 2012, comm. 27, note A. Claeys ; *AJDA* : 2012, p 1064, note M. Quyyollet ; *AJDA* : 2012. 5, obs. R. Grand ; *RFDA* : 2012. 683, note, P. Delvolvé ; *RLCT* : 2012, n° 78, p. 51, note C. Ribot ; *AJCT*: 2012. 315, obs. E. Lanzarone et H. Braunstein
- CE, 1^{er} février 2012, *Commune d'Incarville*, n° 336362, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2012, p 238 ; *AJCT* : 2012, p 381, obs. D. Krust
- CE, 27 juin 2012, *Perrot*, n° 335481, *Recueil Lebon* p 225 ; *AJFP* : 2013, p 48 ; *AJDA* : 2012, p 1312 ; *AJCT* : 2012, p 572, obs. D. Taron

- CE, 26 novembre 2012, *Mme Cindy B.*, n° 347575, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2012, p 2249, *AJFP* : 2013, p 128
- CE, Avis, 25 septembre 2013, *Mme Sadlon*, n° 365139, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2013, p 1831 ; *AJDA* : 2013, p 2199, chron. A. Bretonneau
- CE, 26 avril 2013, *Cella*, n° 355509, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2013, p 885 ; *AJDA* : 2013, p 1733, chron. X. Domino, A. Bretonneau ; *AJCT* : 2013, p 431, obs. L. Derridj
- CE, 2 juillet 2013, *Centre hospitalier général de Longjumeau*, n° 355804 ; *AJFP* : 2013, p 322 ; *AJDA* : 2013, p 1597
- CE, Ass, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne c/ Bonhomme*, n° 358994, *Recueil Lebon* p 70; *AJDA* : 2014, p 1035, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *RDI* : 2014, p 344, obs. S. Braconnier ; *AJCT* : 2014, p 375, obs. S. Dyens, et 380, interview S. Hul ; *RFDA* : 2014, p 425, concl. B. Dacosta ; *RFDA* : 2014, p 438, note P. Delvolvé ; *GAJA* n°116
- CE, 02 février 2015, *Commune d'Aix en Provence*, n° 373520, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2015, p 192 ; *AJDA* : 2015, p 990, note F. Melleray
- CE, 20 mars 2015, *Mme A. ctre Institut médico-éducatif Saint-Georges-sur-Baulche*, n°371664, *Recueil Lebon* p 254; *AJDA* : 2015, p 607 ; *AJFP* : 2015, p 254, note S. Niquège ; *AJFP* : 2015, p 241
- CE, 30 septembre 2015, *Préfet des Pyrénées- Atlantiques ctre Communauté d'agglomération Côte Basque-Adour*, n°375730, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : novembre 2015, p 2105, note M.-C. De Montecler

Cour de Cassation

- Cass, Soc, 17 avril 1991, n° 89-17.993 89-43.767 89-43.770, *Bull. civ. V.* n° 206 ; *Rev. Sociétés* : 1992, p 53, obs. Y. Guyon ; *D.* 1991. IR 152 ; *Droit soc.* : 1991, p 516 ; *JCP E* : 1991. II. 229, note H. Blaise ; *RJS* : 1991. 314, n° 591 ; *Dr. ouvrier* : 1992. 139, note J. Grinsnir
- Cass, Soc. 22 janvier 1992, *Mme Rossard ctre Société Robuchon*, n° 90-42.517 ; *D.* : 1992, p 329 ; *Droit soc.* : 1992, p 329, note J. Savatier
- Cass, Soc. 5 avr. 1995, *Sté Thomson Tubes et Displays*, n° 93-42.690 ; *Bull. Civ. V.* n° 123 ; *D.* : 1995, p 503, note M. Keller ; *D.* : 1995, p 367, obs. I. De Launay-Gallot ; *GADT*, 4^{ème} éd., 2008, n° 114-116 ; *Droit soc.* : 1995, p 489, note G. Lyon-Caen
- Cass, Soc, 10 juillet 1995, n° 93-46.569 ; *Droit soc.* : 1996, p 374, note F. Duquesne
- Cass, Soc. 18 juin 1996, *Gonin*, n°95-40.491, *Bull. Civ. V.* n° 249

- Cass, 30 novembre 2004, n°01-45.613 et 02-44.922 ; *Bull. Civ. V.* n° 305 ; *AJDA* : 2005, p 341
- Cass, Soc, 28 novembre 2007, n° 06-21964, *RDT* : février 2008, p 11, note L. Lerouge
- Cass, Ass.plén, 27 février 2009, n° 08-40.059, *RTD* : 2009, p 316, obs. H. Tissandier ; *JCP S* : 2009, p 1228, note H. Daïoglou ; *JCP* : 6 mai 2009. II. 10078, comm. D. Jean-Pierre
- Cass, Soc, 3 juin 2009, n° 08-40.449
- Cass, Soc 30 septembre 2009, n° 08-40846, *Bull. Civ. V.* ; *RJS* : décembre 2009, n° 899 ; *JCP S* : 2010, p 1028, note B. Bossu ; *Dr. soc.* 2010, p 410, rapp. P. Bailly, p. 404
- Cass, Soc, 2 décembre 2009, n°07-45.304 ; *Bull. Civ. V.* n° 270 ; *RJS* : 2010, n° 153 ; *JCP* : 2010, n° 6, p 19, note P. Morvan ; *JA* : 2010, n° 412, p 10
- Cass, Soc, 1^{er} juin 2010, n° 09-40.679 ; *Dalloz act.*: 21 juin 2010, note L. Perrin

Tribunal des Conflits

- TC, 8 Juin 1873, *Blanco*, n°00012, *Recueil Lebon* p 62 ; concl. David
- TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot ctre Société de l'autoroute Esterel Côte d'Azur*, *R.* 787 ; *D.* : 1963, p 534, concl. Lasry, note Josse ; *RDP* : 1963, p 776, concl. ; *S.* 1963, p 273, concl. ; *AJDA* : 1963, p 463, chron. Gentot et Fourre ; *AJDA* : 1966, p 474, chron. Colin ; *JCP* : 1963. II. 13375, note J.-M. Auby ; *RDP* : 1964, p 767, note Fabre et Morin ; *GAJA*
- TC, 25 mars 1996, *préfet de la Région Rhône-Alpes*, dit « Berkani », n° 03000, *R.* : 535, concl. Martin ; *AJDA* : 1996, p 354, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ; *RFDA* : 1996, p 819, concl. ; *JCP* : 1996. II. 22664, note Moudoudou ; *D.* : 1996, p 598, note Saint-Jours
- TC, 4 juillet 2011, *Herry ctre Institut national polytechnique de Grenoble*, n°3772, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2012, p 174
- TC, 13 octobre 2014, *Société Axa France IARD c/ MAIF*, n° 3963, *D.* : 2014, p 2115, obs. M.-C. Montecler ; *AJDA* : 2014, p 2031 ; *AJDA* : 2014, p 2180, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe
- TC, 9 mars 2015, *Mme Rispal c/ Société Autoroutes du Sud de la France*, n°3984, *Recueil Lebon* ; *AJDA* : 2015, p 481 ; *AJCT* : 2015, p 403, obs. J.-D. Dreyfus ; *RFDA* : 2015, p 265, concl. N. Escaut

Cour Européenne des Droits de l'Homme

- CEDH, 8 décembre 1999, *Affaire Pellegrin c/ France*, requête n°28541/95 ; *GACEDH*, 2^e éd., n°19, p. 176, comm. J. Andriantsimbazovina, *AJDA* : 2000, pp 530-532
- CEDH, 7 juin 2001, *Kress c/ France*, requête n° 39594/98 ; *AJDA* : 2001, p 677, note F. Rolin ; *RTD eur.* : 2001, p 727 ; *RFDA* : 2001, p 1000, note B. Genevois ; *RFDA* : 2001, p 991 ; *JCP* : 2001. II. 10578, note F. Sudre ; *D.* : 2001, p 2619, obs. J. Andriantsimbazovina ; *Petites affiches* : 2001, n°197, p 17, note J. -F. Flauss
- CEDH, 19 avril 2007, *Affaire Vilho Eskelinen et autres c/ Finlande*, requête n°63235/00 ; *AJDA*: 2007, p 1360, note F. Rolin ; *ibid.* 1918, chron. J.-F. Flauss ; *AJFP* : 2007, p 246, note A. Fitte-Duval ; *RFDA* : 2007, p 1031, note G. Gonzalez ; *GACEDH* n° 23.

Cour de Justice de l'Union européenne

- CJCE, 12 février 1974, *Sotgiu*, n° 152-73, *Rec.* p 153, *D.* : 1975, p 607, note B. Pacteau, *Droit. Soc* : 1974, p 177, note G. Lyon-Caen
- CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, n° 149-79, *Rec.* p. 3881, point 19 ; *AJDA* : 1981, p. 137, note Boulouis ; *RTDE* : 1981, p. 286, note G. Druesne
- CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, n° 225-85, *Rec.* p 2625, concl. Lenz
- CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, affaire C-340/89 ; *Rec.* p. I-2357 ; *RTD eur.* : 1992, p 687 ; *RTD eur.* : 1989, p 623, note J. Pertek ; *Rev. marché unique européen* : 1991/1, p. 23, note A. Canelutti ; *Gaz. eur. Pal.* : 1995, n° 10, p. 4, note J. G. Huglo
- CJCE, 2 juillet 1996, *Commission c/ Grèce*, n° 290-94, *Rec.* p. I-3285
- CJCE, 30 septembre 2004, *Briheche*, affaire C-319/03, *Rec.* p I-8807

TABLE DE LÉGISLATION :

Constitution :

- Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JORF* : 29 mars 2003, n°75, p 5568, article 72 de la Constitution

Directives européennes :

- Directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JO n° L 183 du 29/06/1989, p 0001-0008
- Directive 90/313/CEE du Conseil du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, JO n° L 158 du 23/06/1990, p 0056-0058
- Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO n° L 095 du 21/04/1993, p 0029-0034
- Directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, publiée au journal des communautés européenne, N0 L 199 / 54
- Directive 1999/70/CEE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, JO n° L 175 du 10/07/1999, p 0043– 0048
- Directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003, concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement, JO n° L 041 du 14/02/2003, p 0026-0032
- Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007, modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration et l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JOUE du 20 décembre 2007, n°335, p 31
- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics, JOUE du 28 mars 2014, n° L 94, p 65

Lois :

- Loi n° 46-2294 du 19 Octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires, *JORF* : 20 octobre 1946, n° 8910
- Loi n° 71-575 du 16 juillet 1971 portant organisation de la formation professionnelle continue dans le cadre de l'éducation permanente, *JORF* : 17 juillet 1971
- Loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France, *JORF* : 16 juillet 1982, n° 2270
- Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. Loi dite loi Auroux, *JORF* : 6 Août 1982
- Loi n°83-634 du 13 Juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Loi dite loi Le Pors, *JORF* : 14 juillet 1983, p 2174
- Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 12 janvier 1984, p 271
- Loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, *JORF* : 27 janvier 1984
- Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, *JORF* : 11 janvier 1986
- Loi n° 91-715 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 27 juillet 1991, n ° 174
- Loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire, *JORF* : 17 décembre 1996, n° 0293, p 18512
- Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, *JORF* : 13 avril 2000, n° 0088, p 5646
- Loi organique n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances, *JORF* : 2 août 2001, n° 177, p 12480
- Loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale, *JORF* : 4 janvier 2001, n° 3, p 96
- Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JORF* : 18 janvier 2002, p 1008
- Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *JORF* : 5 mai 2004, n°105, p 7983

- Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, *JORF* : 19 janvier 2005, n°15, p 864
- Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, *JORF* : 27 juillet 2005, n°173, p 12183
- Loi n° 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique, *JORF*, 6 février 2007, n°31, p 2160
- Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, *JORF* : 22 juillet 2009, n°0167, p 12184
- Loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, *JORF* : 6 août 2009, n°0180, p 13116
- Loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 6 juillet 2010, n°0154, p 12224
- Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, *JORF* : 13 mars 2012, n°0062, p 4498
- Loi n° 2012-1189 du 26 octobre 2012 portant création des emplois d'avenir, *JORF* : 27 octobre 2012, n° 0251, p 16688
- Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, *JORF* : 5 août 2014, n°0179, p 12949
- Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* : 7 Août 2015, n°0181
- Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* : 21 avril 2016, n°0094, texte n°2

Code du travail :

- Code du travail, article L 121-1
- Code du travail, article L 1221-2
- Code du travail, article L 1224-3
- Code du travail, article L 1242-8
- Code du travail, article L 1243-11
- Code du travail, article L 1243-13

- Code du travail, article L 1244-1
- Code du travail, article L 1245-1
- Code du travail, article L 2551-1

Code Général des Collectivités :

- Code général des collectivités territoriales, article L 1111-4
- Code général des collectivités territoriales, article L 1424-67

Code Civil :

- Code civil, article 1101

Code de la sécurité sociale :

- Code de la sécurité sociale, article R 323-1

Règlements nationaux:

- Décret n° 46-759 du 19 avril 1946 fixant les dispositions d'ordre général applicables aux employés auxiliaires de l'État, *JORF* : 21 avril 1946, p 3342
- Décret n° 46-1754 du 5 août 1946 modifie le décret 46759 du 19-04-1946 fixant les dispositions d'ordre général applicable aux employés auxiliaires de l'État en son art.18, 1^{er} ali., *JORF* : 8 août 1948, p 7018
- Décret n° 62-379 du 3 avril 1962 fixant les dispositions applicables aux maîtres auxiliaires des écoles normales primaires, des lycées classiques, modernes et techniques et des collèges d'enseignement technique et aux maîtres d'éducation physique relevant du haut-commissariat à la jeunesse et aux sports, *JORF* : 7 avril 1962, p 3651
- Décret n°63-280 du 19 mars 1963 portant règlement d'administration publique et relatif à la publication des décisions concernant la situation individuelle des fonctionnaires, *JORF* : 22 mars 1963, p 2769
- Décret n°84-431 du 6 juin 1984 fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants- chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences, *JORF* : 8 juin 1984, p 1784

- Décret n°85-1148 du 24 octobre 1985 modifié relatif à la rémunération des personnels civils et militaires de l'État, des personnels des collectivités territoriales et des personnels des établissements publics d'hospitalisation, *JORF* : 5 novembre 1985, p 12775
- Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 19 janvier 1986, p 953
- Décret n°87-889 du 29 octobre 1987 relatif aux conditions de recrutement et d'emploi de vacataires pour l'enseignement supérieur, *JORF* : 4 novembre 1987, p 12888
- Décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale, *JORF* : 16 février 1988, p 2176
- Décret n°91-185 du 13 février 1991 complétant la section 3 du chapitre VI du titre III du livre II du code du travail et relatif à la formation des représentants du personnel aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans les établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, *JORF* : 20 février 1991, n° 44, p 2574
- Décret n°94-874 du 7 octobre 1994 fixant les dispositions communes applicables aux stagiaires de l'État et de ses établissements publics, *JORF* : 12 octobre 1994, n° 237, p 14464
- Décret n° 2002-50 du 10 janvier 2002 relatif aux conditions d'accès et aux régimes de formation à l'École nationale d'administration, *JORF* : 12 janvier 2002, n° 10, p 714
- Décret n°2002-682 du 29 avril 2002 relatif aux conditions générales d'évaluation, de notation et d'avancement des fonctionnaires de l'État, *JORF* : 2 mai 2002, n° 102, p 7995
- Décret n°2005-716 du 29 juin 2005 portant statut particulier du corps de commandement de la police nationale, *JORF* : 30 juin 2005, n° 151
- Décret n° 2005-1344 du 28 octobre 2005 portant modification du décret n° 87-1107 du 30 décembre 1987 portant organisation des carrières des fonctionnaires territoriaux de catégorie C, *JORF* : 30 octobre 2005, n°254

- Décret n°2006-441 du 14 avril 2006 portant statut particulier des corps du personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire, *JORF* : 15 avril 2006, n° 90
- Décret n°2007-961 du 15 mai 2007 fixant les dispositions statutaires communes applicables à certains corps de fonctionnaires de catégorie A de la fonction publique hospitalière, *JORF* : 16 mai 2007, n° 113
- Décret n° 2007-1829 du 24 décembre 2007 modifiant le décret n° 88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale, *JORF* : 16 février 1988, p 2176
- Décret n° 2008-943 du 12 septembre 2008 portant statut particulier des corps des officiers de l'air, des officiers mécaniciens de l'air et des officiers des bases de l'air, *JORF* : 16 septembre 2008, n° 0216
- Décret n° 2009-1388 du 11 novembre 2009 portant dispositions statutaires communes à divers corps de fonctionnaires de la catégorie B de la fonction publique de l'État, *JORF* : 15 novembre 2009, n°0265
- Décret n° 2010-888 du 28 juillet 2010 relatif aux conditions générales de l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires de l'État, *JORF* : 30 juillet 2010, n°0174
- Décret n° 2010-1402 du 12 novembre 2010 relatif à la situation de réorientation professionnelle des fonctionnaires de l'État, *JORF* : 16 novembre 2010, n°0265
- Décret n°2012-624 du 3 mai 2012 pris en application de l'article 88 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relative à la fonction publique territoriale et fixant les modalités et les limites de la prime d'intéressement à la performance collective des services dans les collectivités territoriales et leurs établissements publics, *JORF* : 4 mai 2012, n° 0105, texte n° 27
- Décret n°2012-625 du 3 mai 2012 fixant le plafond annuel de la prime d'intéressement à la performance collective des services dans les collectivités territoriales et leurs établissements publics, *JORF* : 4 mai 2012, n° 0105, texte n° 28
- Décret n° 2014-364 du 21 mars 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 23 mars 2014, n° 0070, texte n° 16

- Décret n° 2014-1318 du 3 novembre 2014 modifiant le décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, *JORF* : 5 novembre 2014, n°0256
- Décret n° 2015-1912 du 29 décembre 2015 portant diverses dispositions relatives aux agents contractuels de la fonction publique territoriale, *JORF* : 31 décembre 2015, n°0303

Actes administratifs :

Ordonnance :

- Ordonnance n° 45-1006 du 21 mai 1945 relative à la titularisation des emplois d'auxiliaire temporaire de l'État, *JORF* : 22 mai 1945
- Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, *JORF* : 23 décembre 1958, p 11551
- Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* : 11 février 2016, n° 0035

Circulaire :

- Circulaire 22 octobre 2012, relative à la mise en place d'une prime d'intéressement à la performance collective des services dans les collectivités territoriales et leurs établissements publics, n° INTB1234383C
- Circulaire 22 juillet 2013, cas de recours au contrat dans la fonction publique de l'État, Ministre de la réforme de l'État, la décentralisation et de la fonction publique, n° RDF1314245C

Arrêté :

- Arrêté du 9 novembre 1955 relatif à l'application des dispositions de l'article 103 du décret n°55-683 du 20 mai 1955 portant statut général du personnel des établissements d'hospitalisation, de soins ou de cure publics

INDEX ALPHABETIQUE :

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Accord collectif

38 ; 42 ; 95 ; 122 ; 143 ; 157 ; 238 ;

239-241 ; 252 ;

Agent contractuel

34 ; 101 ; 136 ; 137 ; 185 ; 186 ; 206 ;

231 ; 233

Agent contractuel de droit public

99 ; 101 ; 176

Agent de droit privé

113 ;

Agent non titulaire

99 ; 107 ; 108 ; 109 ; 133 ; 203 ; 228

Auxiliaire

99 ; 100 ; 109 ; 205 ; 206 ; 207 ; 210 ;

211 ; 221 ;

Stagiaire

73 ; 99 ; 100 ; 205 ; 206 ; 207 ;

Vacataire

58 ; 99 ; 100 ; 101 ; 133 ; 203 ; 204 ;

; 206 ; 207 ; 209 ; 219 ; 225 ; 265 ;

Ancienneté

10 ; 15 ; 42 ; 45 ; 46 ; 58 ; 65 ; 67 ;

68 ; 88 ; 109 ; 115 ; 130 ; 136 ; 199 ;

256 ; 259 ; 267

B

Besoins

Besoins managériaux

69 ; 71-73 ; 191

C

Canada

5 ; 7 ; 18 ; 24 ; 263 ; 263

Carrière

5 ; 7 ; 33 ; 54 ; 85 ; 89 ; 123 ; 91 ;

178

Centre de gestion

38 ; 130 ; 255

Commission

Consultative paritaire

110

Administrative paritaire

183 ; 186

De déontologie

38 ; 62

Concours

179 ; 181 ; 238 ; 239

Modalité

12 ;

Concours externe

13 ; 17 ; 179 ; 238

Concours interne

14 ; 17 ; 109 ; 179 ; 238

3^{ème} concours

15 ; 17 ; 34 ; 237 ; 238 ; 240 ; 241 ;

Concurrent évincé

102

Conflit d'intérêts

62

Conseil supérieur de la fonction publique

196 ; 197

Consentement

19 ; 27 ; 140 ; 159

Continuité

3 ; 124 ; 144

Contractualisation

138-141

Contractualisme

138

Contrat

Autonomie de la volonté

19 ;

Définition

19 ;

Contrat administratif

19 ; 20 ; 21 ; 27 ; 28

Contrat à durée déterminée

46 ; 116-129 ;

Contrat pérenne

42-46 ; 119 ; 120 ; 130-135 ; 141 ;

147-154 ; 166 ; 167 ; 189 ; 190 ; 192 ;

198 ; 227 ; 248-251 ; 258 ; 260 ; 271

Espace contractuel

111 ;

Contrôle

12 ; 19 ; 68 ; 140 ; 161 ; 175 ; 255 ;

265 ; 268

Cumul

6 ; 38 ; 61 ; 109 ; 158

D

Décentralisation

1 ; 75 ; 146

Détachement

8 ; 38 ; 84 ; 183 ; 245

Dialogue social

40 ; 59 ; 238 ; 256

Direction générale

De l'administration et de la fonction publique

Discipline

186

Disponibilité

38 ; 183

Durée

135 ; 214 ; 216

Droit de l'activité professionnelle

167 ; 168

Droit du travail

5 ; 39 ; 57-59 ; 125 ; 126 ; 156-166 ;

169 ; 170

Droit européen

43 ; 83-98 ; 143 ; 172

E

École

Nationale d'administration

2 ; 10 ; 15

Nationale de la magistrature

10 ; 15

Egalité

25 ; 31 ; 47 ; 84 ; 163 ; 169 ; 194 ;

236 ; 256

Egalité et égalitarisme

257

Emploi

Emploi non permanent

103-105 ;

Emploi permanent

106-108 ; 134 ;

Système d'

5 ; 87 ; 88 ; 172 ; 194 ; 200

Emprunts

Hybridation

101 ; 115 ; 164 ; 167-169 ; 175 ;

234

Métissage

39 ; 162 ; 164

Entretien

17 ; 41 ; 82 ; 109 ; 131 ; 136 ; 157 ;

158 ; 185 ; 186 ; 191 ; 221 ; 246

Espagne

91-93 ; 171 ; 172

États-Unis

7 ; 263 ; 264

Évaluation

109 ; 136 ; 157 ; 158 ; 191 ; 221

F

Fiche de poste

185

Fonctionnaire

8 ; 18 ; 45 ;

Fonction publique

Histoire

1 - 4

Caractéristique

5 - 7 ; 169 ; 170 ; 178

Dualité

50 ; 187-190

Fonction publique d'État

76 ; 80 ; 82

Fonction publique territoriale

75 ; 79 ; 81 ; 197

Fonction publique hospitalière

74 ; 77 ; 78

Modernisation

31-34 ; 151 ; 177 ; 239

Formalisme

219 ; 220

Formation

2 ; 3 ; 10 ; 14 ; 57 ; 70 ; 73 ; 100 ; 109 ;

123 ; 157 ; 158 ; 169 ; 246 ; 262 ; 263 ;

269

G

Gestion

72 ; 194 ; 195 ; 256-259 ; 262 ;

Gestion prévisionnelle des ressources humaines

261 ; 262

Grande-Bretagne

88 ; 113

H

Harcèlement

157 ;

Harmonisation

4 ; 163-165 ; 225 ; 256

Hétérogénéité

98 ; 99 ; 100 ; 224

Hygiène et sécurité

40 ; 58 ; 143 ; 147

I

Idéologie

144-147 ; 171

Gestionnaire

36 ; 145-147

Impartialité

11 ; 179 ; 181 ; 238

Indépendance

190 ; 243

Indemnités

111 ; 129 ; 183

Italie

5 ; 89 ; 126 ; 201

Intégration

215

Intéressement

41

Intérim

39 ; 58 ; 78 ; 113 ;

Intérêt

Général

4 ; 19 ; 26 ; 159 ; 169 ; 170 ; 241

Du service

16 ; 160

L

Liberté

Principe

100 ; 161

Contractuelle

103 ; 109 ; 111 ; 114 ; 137 ; 155 ;

161 ; 166 ; 228 ; 229 ; 234 ; 236

Libre administration des collectivités

75

Libre circulation des travailleurs

83 ; 84 ; 94 ; 172

Licenciement

183 ; 184 ; 186 ; 193 ; 242-244

M

Management

4 ; 31 ; 66-70 ; 74 ; 77 ; 140 ; 157 ;

191 ; 193 ; 194 ; 262

Mandat

1

Militaire

10

Mobilité

6 ; 7 ; 14 ; 38 ; 39 ; 53 ; 55 ; 61 ; 64 ;

74 ; 84 ; 109 ; 113 ; 136 ; 157 ; 173 ;

177 ; 194 ; 221 ; 244 ; 245 ; 262

Motivation

193

N

Négociation collective

40 ; 59 ; 92 ; 143 ; 146 ; 173 ; 256

Neutralité

62

Nomination

16

Notation

157

Nouvelle gestion publique

66-68 ; 70

O

Organisation administrative

66-69

P

Parité

6 ; 84 ; 188 ; 194

Parcours d'accès aux carrières territoriales et de l'État (PACTE)

79

Performance

27 ; 30 ; 39 ; 41 ; 61 ; 68 ; 144-146 ; 194 ;

259 ; 260 ; 263

Précarité

26 ; 36 ; 42 ; 44 ; 46 ; 82 ; 100 ; 113 ;
117 ; 123 ; 121 ; 126 ; 133 ; 148 ; 154 ;
155 ; 196-198 ; 205 ; 217 ; 220 ; 225 ;
248 ; 249 ; 252 ; 269-271 ;

Privatisation

200 ; 201

Proportionnalité

161

Protection

26 ; 35 ; 40 ; 58 ; 85 ; 89 ; 100 ; 110 ;
124 ; 126 ; 155 ; 157 ; 208 ; 219 ; 228

R**Rapport**

31-37 ; 47-54

Rationalisation

37 ; 50 ; 53 ; 56 ; 68 ; 237 ; 253 ; 255 ;
269

Reclassement

38 ; 39 ; 82 ; 109 ; 136 ; 173 ; 186 ;
190 ; 246

Reconduction

42 ; 45 ; 55 ; 116-119 ; 130 ; 131 ; 148 ;
153 ; 263

Recrutement

212 ; 213 ; 226 ; 227 ; 238 ; 247

Histoire

1 – 4 ; 22 ; 26

Recrutement contractuel

22-26 ; 29 ; 30 ; 49 ; 53 ; 55 ; 56
64 ; 85 ; 154 ; 185 ; 236

Recrutement statutaire

8 – 17 ; 180 ; 182 ; 240 ; 241

Réintégration

16 ; 100 ; 183 ; 186 ; 217 ; 244

Renouvellement

42 ; 55 ; 59 ; 72 ; 82 ; 116-122 ; 125 ;
127 ; 129 ; 131 ; 213 ; 217 ; 221

Requalification- sanction

120 ; 125 ; 217 ; 218

Ressortissant de l'Union européenne

14 ; 84 ; 95

Restructuration

18 ; 38 ; 186

Révocation

183 ; 184 ; 186 ; 212 ; 242

S**Sécurisation**

63 ; 64 ; 133-135 ; 136 ; 143 ; 153 ;
155 ; 167 ; 225 ; 228 ; 231 ; 248 ; 267

Service public

9 ; 10 ; 17 ; 20 ; 21 ; 27 ; 74 ; 78

Souveraineté

50 ; 90 ; 93 ; 94 ; 97 ; 98 ; 172 ; 200

Statut

8 ; 9 ; 47-52 ; 54 ; 64 ; 109 ; 110 ;
112 ; 137 ; 171 ; 173 ; 175-177 ; 202 ;
228 ; 229 ; 234 ; 235 ; 252

Particuliers, spéciaux, autonomes

10 ;

Pré-statut

221-223 ; 232

Syndicat

3 ; 50 ; 58 ; 61 ; 133 ; 143 ; 193 ; 199

T**Temps de travail**

73 ; 197 ; 269

Titularisation

265-268

Transfert

56 ; 85 ; 115 ; 146

Transparence

41 ; 66 ; 83 ; 238 ; 240 ; 241 ; 254

U**Unité**

6 ;

V**Validation des acquis de l'expérience**

246

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE 1 : UN OBJECTIF DE RÉGULATION DE L'EMPLOI PRÉCAIRE	43
Titre 1 : L'utilisation pérenne du contrat	43
Chapitre 1 : Les fondements du recrutement contractuel dans la fonction publique	44
<i>Section 1 - Droit de la fonction publique et statut : le choix d'un particularisme</i>	44
1§ – Les origines du recrutement en droit de la fonction publique	44
A – <i>La genèse du recrutement en droit de la fonction publique</i>	45
1 – <i>L'histoire du recrutement dans la fonction publique française</i>	45
2 – <i>Les enseignements de l'histoire de la fonction publique française</i>	57
B – <i>Les caractéristiques du droit de la fonction publique</i>	64
1 – <i>Le particularisme de la fonction publique</i>	64
2 – <i>L'unité de la fonction publique</i>	67
2§ – Le recrutement statutaire en droit de la fonction publique	70
A – <i>Le statut et les dispositions relatives au recrutement</i>	71
1 – <i>Le recrutement statutaire dans les trois versants de la fonction publique</i>	71
2 – <i>Le recrutement statutaire dans les statuts particuliers, spéciaux et autonomes</i>	76
B – <i>Les modalités et les effets du recrutement</i>	82
1 – <i>Les modalités du recrutement : le concours comme mode privilégié</i>	82
2 – <i>Les effets du recrutement : une approche statutaire contestée</i>	90
Section 2 : Droit de la fonction publique et contrat : l'exception en reconquête	96
1§ – Le contrat, une coexistence originelle en droit de la fonction publique	96
A – <i>L'émergence de l'outil contractuel en droit administratif</i>	97
1 – <i>Le contrat en droit administratif, une préoccupation doctrinale</i>	97
2 – <i>Une théorisation singulière du contrat en droit administratif</i>	100
B – <i>L'apparition du recrutement contractuel en droit de la fonction publique</i>	103
1 – <i>L'histoire du recrutement contractuel dans la fonction publique</i>	103
2 – <i>Les enseignements de l'histoire du recrutement contractuel dans la fonction publique</i>	105
2§ – Le contrat, préoccupation contemporaine en droit de la fonction publique	107
A – <i>La réappropriation du contrat en droit administratif</i>	108
1 – <i>Un contrat administratif attractif</i>	108
2 – <i>Un contrat administratif contesté</i>	111
B – <i>La réappropriation du contrat en droit de la fonction publique</i>	113
1 – <i>Un contrat de recrutement en expansion</i>	113
2 – <i>Un contrat de recrutement critiqué</i>	114

Chapitre 2 : Le statut à l'épreuve du recrutement contractuel dans la fonction publique	115
Section 1 : La confrontation à l'approche statutaire	115
1 § Les propositions défavorables au statut émanant des rapports	116
A – Une fonction publique modernisée via l'instrument contractuel	116
1 – Le préalable à la modernisation de la fonction publique : l'élaboration d'un bilan intransigeant	117
2 – La modernisation de la fonction publique : le contrat comme outil privilégié	121
B – Une fonction publique orientée par une approche gestionnaire	125
1 – Une volonté suggérée : vers une « gestionnarisation » de la fonction publique	126
2 – Une volonté dissimulée : des « commandes » gouvernementales déguisées	129
2 § Les dispositions défavorables au statut émanant des réformes	131
A – La dilution progressive du droit de la fonction publique dans le droit commun	131
1 – La promotion des échanges entre le secteur public et le secteur privé	132
2 – Les emprunts manifestes au droit du travail	136
B – La généralisation du recours aux agents contractuels	142
1 – La reconnaissance du contrat pérenne en 2005	143
2 – La généralisation du contrat pérenne en 2012	147
Section 2 : La faveur à l'approche statutaire	151
1 § Les propositions renforçant l'attachement à l'approche statutaire	151
A – La persistance de l'approche statutaire dans les rapports	152
1 – Un principe non évincé : les emplois permanents demeurent occupés par les fonctionnaires	152
2 – Un principe aménagé : la conciliation du statut avec le contrat	154
B – La consécration de l'approche statutaire dans le rapport Pêcheur	156
1 – Le renforcement de la logique statutaire dans le rapport de 2013	156
2 – La rationalisation du recours au contrat préconisée dans le rapport de 2013	158
2 § Les dispositions renforçant l'attachement à l'approche statutaire	160
A – Les dispositions législatives confortant l'approche statutaire avant 2016	161
1 – L'encadrement des cas de recours aux agents contractuels	161
2 – Les emprunts au droit du travail favorables à la protection des agents et au dialogue social	163
B – Les dispositions législatives consacrant l'approche statutaire dans la loi du 20 avril 2016	165
1 – Un possible revirement législatif en faveur du statut opéré par la loi de 2016	166
2 – Un recadrage visant à promouvoir l'approche statutaire dans la loi de 2016	171

Titre 2 : La régulation de l'emploi précaire par le contrat pérenne	174
Chapitre 1 : Les raisons du recours pérenne au contrat de recrutement	175
Section 1 : Les facteurs endogènes	175
1§–Un recrutement contractuel utile pour l'employeur public	175
A - <i>La diversification des recrutements : une confrontation conceptuelle</i>	175
1 – <i>Le concept d'administration traditionnelle confrontée à la Nouvelle Gestion Publique</i>	176
2 – <i>Les manifestations de la confrontation des concepts d'organisation administrative</i>	181
B – <i>Le recrutement contractuel : une réponse efficace aux besoins managériaux</i>	184
1 – <i>L'efficacité de l'approche contractuelle dans la recherche de profils atypiques</i>	184
2 – <i>L'efficacité de l'approche contractuelle dans la recherche de souplesse et flexibilité</i>	186
2 §–Un recrutement contractuel attractif dans les trois fonctions publiques	190
A – <i>Les caractéristiques des trois fonctions publiques expliquant l'attractivité contractuelle</i>	190
1 – <i>Une dualité statutaire et contractuelle originelle dans les fonctions publiques</i>	191
2 – <i>Une hétérogénéité expliquant l'attractivité contractuelle dans les fonctions publiques</i>	195
B – <i>Les caractéristiques de l'exercice contractuel dans les trois fonctions publiques</i>	196
1 – <i>Une utilisation contractuelle excessive dans les trois fonctions publiques</i>	197
2 – <i>Une utilisation contractuelle excessive aux effets abusifs dans les trois fonctions publiques</i>	201
Section 2 : L'influence du droit de l'Union européenne	204
1 § – Une attractivité insufflée par le droit de l'Union européenne	204
A – <i>Une influence déterminante et diffuse</i>	204
1 – <i>L'influence du droit européen en droit de la fonction publique</i>	204
2 – <i>L'influence du droit européen en matière de recrutement</i>	210
B – <i>Une influence à rebours des principes de la fonction publique française</i>	213
1 – <i>L'attachement européen en faveur du système d'emploi</i>	213
2 – <i>L'exemple de la Grande-Bretagne et de l'Italie : l'adhésion à un système d'emploi</i>	217
2§ – Une nécessaire relativisation de la contrainte européenne	222
A - <i>La souveraineté des États membres conservée</i>	223
1 – <i>L'utilisation de l'alibi européen afin de dissimuler des choix nationaux</i>	223
2 – <i>L'exemple espagnol : l'attachement à un système de carrière mis à l'épreuve par des choix nationaux</i>	225
B - <i>L'émergence difficile d'une fonction publique européenne</i>	227
1 – <i>La création embryonnaire d'une fonction publique européenne</i>	228
2 – <i>La création contestée d'une fonction publique européenne</i>	230

Chapitre 2 : Le recours au contrat pérenne comme régulateur de l'emploi	233
Section 1 - La précarisation de l'agent non titulaire	233
1 §- Une hétérogénéité caractérisant l'agent non titulaire	234
A – Une définition plurielle de l'agent non titulaire	234
1 – La définition de l'agent non titulaire de droit public	234
2 – L'éclatement de la notion d'agent contractuel de droit public	242
B – Un critère d'emploi différencié	247
1 – L'agent non titulaire recruté pour un emploi non permanent	247
2 – L'agent non titulaire recruté pour un emploi permanent	250
2 § – Une hybridation caractérisant l'agent non titulaire	254
A – L'influence statutaire dans le régime de l'agent contractuel	254
1 – Une extension des règles statutaires vers l'agent contractuel	255
2 – Une dimension contractuelle contenue	258
B – L'influence du droit du travail	260
1 – Une cohabitation avec le droit du travail : la présence d'agents contractuels de droit privé	260
2 – L'interaction entre les juridictions administratives et judiciaires	265
Section 2 : Le contrat pérenne comme modérateur de l'emploi précaire	270
1 § – Le contrat à durée déterminée, une convention vectrice d'insécurité	270
A- Un mécanisme déguisé	271
1 – Les renouvellements abusifs du contrat à durée déterminée	271
2 – Des contrats pérennes dissimulés	274
B – Une insécurité caractérisée pour l'agent non titulaire	277
1 – Une relation instable entre l'administration et l'agent contractuel	278
2 – Une inspiration travailliste sélective	280
2 § – Le contrat à durée indéterminée, une tentative de protection	283
A – Une sécurisation consacrée par le contrat pérenne	283
1 – Une clarification des recours au contrat à durée déterminée	284
2 – Une consécration de la reconduction du contrat à durée indéterminée	287
B – Une sécurisation ciblée par le contrat pérenne	292
1 – Une sécurisation à la portée limitée	292
2 – Une sécurisation en construction	294

PARTIE 2 : UN CONSTAT DE PRÉCARISATION DE LA FONCTION PUBLIQUE **299**

Titre 1 : Une précarité non contenue par la pérennisation du contrat	299
Chapitre 1 : Une consécration du phénomène de contractualisation dans la fonction publique	300
Section 1 : Une systématisation de la réponse contractuelle	300
1 § La contractualisation de la fonction publique	301
A – L'insertion progressive du mécanisme contractuel	301
1 – Le phénomène de contractualisation	301
2 – L'étendue du phénomène de contractualisation	306

<i>B – L’insertion progressive d’une idéologie contraire</i>	311
1 – <i>Une extension des mécanismes contractuels vers le droit de la fonction publique</i>	312
2 – <i>Une extension inopportune de mécanismes singuliers vers le droit de la fonction publique</i>	314
2 § <i>Le contrat pérenne ou l’assise du contrat dans la fonction publique</i>	317
<i>A – Le contrat comme mode de résolution des problèmes : une démonstration par la pérennisation</i>	317
1 – <i>Le contrat pérenne : l’application d’une fonction contractuelle curative</i>	318
2 – <i>Le contrat pérenne : l’application d’une fonction contractuelle innovante</i>	320
<i>B – Le contrat comme mode de résolution des problèmes : une approche critiquable</i>	322
1 – <i>Un objectif de sécurisation partiellement accompli par l’introduction du contrat pérenne</i>	323
2 – <i>Un objectif de sécurisation aux effets contradictoires</i>	325
Section 2 : Un métissage entre droit du travail et droit de la fonction publique	328
1 § <i>L’influence du droit du travail en droit de la fonction publique</i>	329
<i>A – Une influence travailliste dans le processus de métissage entre droit du travail et droit de la fonction publique</i>	329
1 – <i>Des emprunts manifestes du droit de la fonction publique au droit du travail</i>	329
2 – <i>Des emprunts implicites du droit de la fonction publique au droit du travail</i>	334
<i>B – Une réciprocité dans le processus de métissage</i>	336
1 – <i>Une influence du droit de la fonction publique en droit du travail</i>	337
2 – <i>Une réciprocité éloignée d’une volonté de résorption de la précarité</i>	340
2 § <i>La dynamique de rapprochement entre droit du travail et droit de la fonction publique</i>	343
<i>A – L’émergence d’une hybridation entre droit du travail et droit de la fonction publique</i>	343
1 – <i>L’harmonisation comme effet des influences réciproques</i>	344
2 – <i>Le contrat pérenne comme démonstration d’une hybridation entre droit du travail et droit de la fonction publique</i>	347
<i>B – L’émergence progressive d’un nouveau droit métissé</i>	349
1 – <i>Vers un droit de l’activité professionnelle</i>	349
2 – <i>Vers une difficile unification des singularismes</i>	352
Chapitre 2 : La pérennisation du contrat : une nouvelle manifestation d’un contournement du statut	355
Section 1 : Un contournement du statut comme objectif détourné	356
1 § <i>Un reniement progressif du statut</i>	356
<i>A – Un désaveu statutaire progressif</i>	356
1 – <i>Un reniement idéologique du statut de la fonction publique</i>	357
2 – <i>Un reniement législatif du statut de la fonction publique</i>	360
<i>B – Un désaveu statutaire à nuancer</i>	362

1 – Une résurgence continue des mécanismes statutaires	362
2 – Une sauvegarde des principes statutaires	364
2 § Une critique statutaire confrontée au contrat pérenne	367
A – Une approche statutaire en inadéquation avec les besoins actuels	367
1 – La problématique du recrutement dans la fonction publique	368
2 – La problématique du licenciement dans la fonction publique	371
B – Une approche statutaire délaissée au profit d’une logique contractuelle	374
1 – Le palliatif aux dysfonctionnements statutaires par le recrutement contractuel	375
2 – Le contournement des difficultés statutaires par le licenciement de l’agent contractuel	378
Section 2 : Une démonstration de la création progressive d’une nouvelle Fonction Publique	380
1 § Une sous Fonction publique en développement	381
A – Une fonction publique duale	381
1- Une dualité progressive divisant la fonction publique	381
2 - Une dualité accentuée par la consécration du contrat pérenne	384
B- Une fonction publique « gestionnarisée »	387
1- Le contrat pérenne, une opportunité managériale	388
2- Le contrat pérenne, des difficultés de gestion	391
2 § Une Fonction publique précarisée	394
A – Une fonction publique actuelle au cœur des contradictions	394
1 – Une résorption nécessaire de la précarité dans la fonction publique	394
2 - Une précarité alimentée a contrario par le contrat pérenne	398
B - Une fonction publique de demain au cœur des possibles	402
1 – Vers une privatisation de la fonction publique ?	402
2 – Vers une réaffirmation du particularisme français ?	406
Titre 2 : L’indispensable résorption de la précarité dans la fonction publique	408
Chapitre 1 : Les initiatives protectrices nécessaires à l’agent non-titulaire	408
Section 1 : Un recadrage indispensable à la résorption de la précarité	409
1 § Une sécurisation de l’agent non titulaire par un encadrement redéfini	409
A – Une restriction de la notion d’agent non titulaire	409
1 – Un nécessaire recadrage de la notion d’agent non titulaire	410
2 – Une classification revisitée	412
B- Une restriction par l’éviction de certains recrutements précaires	416
1-La prévalence de mécanismes protecteurs afin d’évincer les recrutements précaires	416
2 – La prévalence de la titularisation afin d’évincer les recrutements précaires	420
2 § Une sécurisation de l’agent non titulaire par la sanction des comportements abusifs	423
A – L’anticipation des comportements abusifs	423
1– Le recrutement des agents non titulaires : un moment clé dans la prévention des comportements abusifs	423

2 – <i>La durée excessive des contrats des agents non titulaires : un facteur de risque</i>	425
B – <i>La sanction des comportements abusifs</i>	429
1 – <i>Une requalification- sanction dissuasive</i>	429
2 – <i>Un formalisme rigoureux</i>	433
Section 2 : Un statut indispensable à la protection de l'agent non titulaire	436
1 § <i>L'esquisse d'un pré-statut de l'agent contractuel en devenir</i>	436
A – <i>L'émergence d'un pré-statut de l'agent contractuel</i>	436
1 – <i>Un pré-statut de l'agent non titulaire</i>	437
2 – <i>Un pré-statut en progression pour l'agent contractuel</i>	440
B – <i>L'insuffisance du pré-statut actuel pour la sécurisation des agents non titulaires</i>	443
1 – <i>Une hétérogénéité des statuts due à l'absence d'harmonisation</i>	443
2 – <i>L'absence d'harmonisation : une vision morcelée</i>	445
2 § <i>L'extension des règles statutaires vers l'agent contractuel</i>	447
A – <i>La consécration de la logique statutaire</i>	447
1 – <i>Des règles statutaires protectrices et efficaces pour l'agent non titulaire</i>	447
2 – <i>La nécessaire poursuite de l'extension des règles statutaires protectrices</i>	451
B – <i>Le désaveu inattendu de la logique contractuelle</i>	452
1 – <i>La domination statutaire malgré les atteintes contractuelles</i>	453
2 – <i>Le désaveu contractuel en contrepartie de la domination statutaire</i>	455
Chapitre 2 : La réaffirmation de l'attachement au statut de la fonction publique	457
Section 1: Vers une refonte du statut de la fonction publique	457
1 § <i>Une gestion plus efficace des problématiques statutaires</i>	458
A – <i>Le recrutement : l'enseignement d'une attractivité contractuelle</i>	458
1 – <i>Des améliorations visant à renouveler le concours</i>	458
2 – <i>Des propositions visant à poursuivre l'effort de modernisation en matière de recrutement</i>	461
B – <i>Le licenciement : une possibilité séduisante de la logique contractuelle</i>	464
1 – <i>Les difficultés liées au licenciement dans la fonction publique</i>	465
2 – <i>Les alternatives au licenciement dans la fonction publique</i>	468
2 § <i>Une utilisation contractuelle rationalisée</i>	473
A – <i>La réaffirmation des principes à travers le contrat pérenne</i>	473
1 – <i>Le contrat pérenne, une alternative temporaire efficace</i>	474
2 – <i>Le contrat pérenne, une alternative écartée sur le long terme</i>	475
B – <i>La rationalisation de l'utilisation contractuelle</i>	478
1 – <i>La réaffirmation d'une faveur statutaire</i>	478
2 – <i>La mise en œuvre d'une rationalisation de l'utilisation contractuelle</i>	480
Section 2 : Vers une efficacité statutaire renouvelée	483
1 § <i>Le statut, un outil de gestion des ressources humaines performant</i>	483
A – <i>La réaffirmation de l'efficacité statutaire</i>	484
1 – <i>Une gestion simplifiée par l'approche statutaire</i>	484
2 – <i>Une gestion efficace via l'approche statutaire</i>	487
B – <i>La poursuite d'une efficacité statutaire</i>	489

1 – Des propositions visant à renforcer l’efficacité statutaire en termes de GRH	489
2 – Des exemples significatifs d’une efficacité gestionnaire renouvelée en droit comparé	492
2 § Le statut, une sécurisation efficace des agents	496
A – La titularisation, entre difficultés et sécurisation	496
1 – Les plans de titularisation successifs	497
2 – La titularisation : le mécanisme le plus favorable à la sécurisation	500
B – La résorption de la précarité, une solution statutaire	503
1 – Les propositions visant la résorption de la précarité	503
2 – La solution statutaire, la réponse souhaitée afin de résorber la précarité	506