



HAL
open science

Le contrat au sein de l'emploi public administratif territorial

Gauthier Jamais

► **To cite this version:**

Gauthier Jamais. Le contrat au sein de l'emploi public administratif territorial. Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2017. Français. NNT : 2017LIL20004 . tel-01623911

HAL Id: tel-01623911

<https://theses.hal.science/tel-01623911>

Submitted on 25 Oct 2017

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.



Communauté
d'Universités et d'Établissements
Lille Nord de France



Université
de Lille
2 DROIT
ET SANTÉ

ComUE Lille Nord de France

Thèse délivrée par

L'Université de Lille, Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque

_____|_____|_____|_____|_____|_____|_____|_____|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit

Présentée et soutenue publiquement par

Gauthier JAMAIS

Le 2 juin 2017

LE CONTRAT AU SEIN DE L'EMPLOI PUBLIC ADMINISTRATIF TERRITORIAL

JURY

Directeur de thèse :

Monsieur Christophe MONDOU, Maître de conférence HDR à l'Université de Lille, Droit et Santé

Membres du jury:

Monsieur Stéphane GUERARD, Maître de conférence HDR à l'Université de Lille, Droit et Santé

Monsieur Christophe GUETTIER, Professeur à l'Université du Maine (Rapporteur)

Monsieur Florian LINDITCH, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille (Président)

Monsieur Joël MEKHANTAR, Professeur à l'Université de Bourgogne (Rapporteur)

À Pauline

REMERCIEMENTS

À Monsieur Christophe MONDOU, pour ses conseils avisés ;

À Monsieur le Bâtonnier Didier CATTOIR, pour m'avoir donné les moyens de poursuivre mes ambitions ;

À Maître Simon PEROT, pour m'avoir communiqué sa passion de la profession d'Avocat ;

À Maître Pierre-Etienne BODART et à Maître Thierry LORTHIOIS, pour m'avoir permis d'achever ces travaux dans les meilleures conditions possibles ;

À Maître Henry-François CATTOIR et à Monsieur Damien GALLOIS, pour leur indéfectible amitié ;

À mes parents, à Jeannine et Jeannick, pour leur présence de chaque instant.

SOMMAIRE

Table des signes et abréviations.....	9
Introduction.....	13
PARTIE I - Le contrat, révélateur de l'inadaptation du statut de la fonction publique à l'ensemble des missions de l'emploi public administratif territorial.....	37
TITRE 1 - Une inadaptation révélée par la multiplicité des cas de recrutements contractuels	41
TITRE 2 - Une inadaptation soulignée par la banalisation du recrutement contractuel	101
PARTIE I - Conclusion.....	173
PARTIE II - Le contrat, moteur de l'adaptation du droit de l'emploi public administratif territorial à l'ensemble de ses missions	175
TITRE 1 - Le contrat de droit privé, impossible outil d'adaptation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial à l'ensemble de ses missions	177
TITRE 2 - Le contrat de droit public, possible outil d'adaptation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial à l'ensemble de ses missions	317
PARTIE II - Conclusion	371
Conclusion générale	373
Bibliographie	377
Annexe.....	409
Index.....	417
Table des matières.....	421

TABLES DES SIGNES ET ABRÉVIATIONS

AJCT	Actualité Juridique, Collectivités Territoriales
AJDA	Actualité Juridique, Droit Administratif
AJFP	Actualité Juridique, Fonctions Publiques
BJCL	Bulletin Juridique des Collectivités Locales
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de Cassation
Bull. crim.	Bulletin criminel de la Cour de Cassation
CA	Cour d'Appel
CAA	Cour Administrative d'Appel
CAP	Commission Administrative Paritaire
Cass. ass. plén.	Cour de Cassation, assemblée plénière
Cass. crim.	Cour de Cassation, chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de Cassation, chambre sociale
CE	Conseil d'État
CFP	Les Cahiers de la Fonction Publique
CFPA	Les Cahiers de la Fonction Publique et de l'Administration
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJEG	Cahiers Juridiques de l'Électricité et du Gaz
CMP	Contrats et Marchés Publics
CNFPT	Centre National de la Fonction Publique Territoriale
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
CPF	Compte Personnel de Formation
CTI	Collectivités Territoriales Intercommunalité
D.	Recueil Dalloz

DA	Droit Administratif
DGAFP	Direction Générale de l'Administration et de la Fonction Publique
DIF	Droit Individuel à la Formation
Dr. Soc.	Droit Social
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
GPEEC	Gestion Prévisionnelle des Emplois, des Effectifs et des Compétences
IAJ	Informations Administratives et Juridiques
JCP A	La Semaine Juridique – Administrations et Collectivités Territoriales
JCP G	La Semaine Juridique – Edition Générale
JCP S	La Semaine Juridique – Social
JOAN	Journal Officiel de l'Assemblée Nationale
JOCE	Journal Officiel des Communautés Européennes
JORF	Journal Officiel de la République Française
JOS	Journal Officiel du Sénat
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
Leb.	Recueil Lebon
LOLF	Loi Organique relative aux Lois de Finance
LPA	Les Petites Affiches
PFR	Prime de Fonctions et de Résultats
QE	Question Écrite
QPC	Question Prioritaire de Constitutionnalité
RDP	Revue du Droit Public
RDSS	Revue de Droit Sanitaire et Social
RDT	Revue de Droit du Travail
Rép. min.	Réponse Ministérielle
Rev. Adm.	Revue Administrative
RFAP	Revue Française d'Administration Publique

RFDA	Revue Française de Droit Administratif
RGCT	Revue Générale des Collectivités Territoriales
RIFSEEP	Régime Indemnitaire tenant compte des Fonctions, des Sujétions, de l'Expertise et de l'Engagement Professionnel
RISA	Revue Internationale de Sciences Administratives
RJEP	Revue Juridique de l'Entreprise Publique
RLCT	Revue Lamy des Collectivités Territoriales
RRJ	Revue de la Recherche Juridique, droit prospectif
S	Recueil Sirey
SPA	Service Public Administratif
SPIC	Service Public Industriel et Commercial
TA	Tribunal Administratif

INTRODUCTION

« [Notre] administration est restée ce qu'elle était sous Napoléon. Ni dans sa structure, ni dans sa technique, l'administration n'a été adaptée aux conditions nouvelles de la vie économique et sociale. Elle en est restée aux mêmes formes d'organisation, aux mêmes méthodes que par le passé, alors qu'autour de nos vieilles administrations l'évolution domestique et sociale se précipitait¹ ».

Maurice Thorez, ministre d'État chargé de la fonction publique, le 21 novembre 1945.

C'est par ce constat accablant que Maurice Thorez, ministre d'État chargé de la fonction publique à l'issue de la seconde guerre mondiale, introduisait le projet de loi visant à adopter le premier statut général de la fonction publique d'État. Par ces propos, Maurice Thorez réalisait plus qu'un simple bilan de l'état de l'administration après le second conflit mondial : il affirmait l'impérieuse nécessité d'adapter continuellement l'administration aux évolutions sociétales.

Une telle ambition perdue : moderniser l'appareil administratif français est une préoccupation perpétuelle qui se manifeste aujourd'hui d'autant plus que les champs d'action de l'administration se sont multipliés.

L'efficacité de l'action administrative – qui doit être une préoccupation perpétuelle des gouvernants – se mesure notamment par la qualité de sa gestion et des moyens d'action mis à sa disposition. Dans cette optique, le personnel de l'administration est très certainement

¹ Maurice THOREZ, ministre d'État chargé de la fonction publique, présentation du projet de loi visant à adopter le premier statut général de la fonction publique (adopté par la loi du 19 octobre 1946). Cité par : DURAND Dominique. *Une histoire de la fonction publique territoriale*. Paris : Éditions La Dispute, 2004. 311 p. p. 134.

le rouage essentiel de cette efficacité. Au centre de l'action administrative, les agents sont nécessaires et indispensables à son fonctionnement. Leur importance quantitative - environ 20% de l'emploi total en France² – renforce leur influence.

Ce personnel, qualifié sans distinction de « fonctionnaire » par le grand public³, recouvre une réalité bien plus large, et surtout bien plus complexe : les emplois publics peuvent en effet être occupés par des fonctionnaires⁴, régis par un statut et recrutés sur concours, mais aussi et notamment par des vacataires⁵, des auxiliaires⁶, des contractuels⁷, des supplétifs⁸ ou encore des intérimaires⁹.

Comment peut-on distinguer efficacement les fonctionnaires des autres agents avec qui ils coexistent ? Deux distinctions sont à opérer.

Tout d'abord, le personnel de l'administration se répartit de la sorte : d'un côté, les fonctionnaires, régis par un statut¹⁰ ; de l'autre, les personnels non statutaires, qualifiés d'agents contractuels. Cette première approche nous permet de mieux saisir la dichotomie essentielle de ce personnel au service de l'intérêt général, qui se répartit en deux catégories

² DGAFP. *Faits et chiffres : l'essentiel, édition 2013*. La Documentation Française, 2013, 50 p. p.3. Plus précisément, la DGAFP relève que les agents publics représentent 20,4% de l'emploi total en France, soit 5,339 millions d'emplois.

³ PLANTEY Alain. *La fonction publique, traité général*. Paris : Litec, 2011. 826 p. p. 21.

⁴ En ce sens, voir : Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174.

⁵ Les administrations territoriales ont la possibilité de recruter des agents qui n'ont pas vocation à occuper un quelconque emploi, temporaire ou permanent, mais à n'effectuer qu'une tâche ponctuelle. Il s'agit des vacataires, qui constituent une catégorie particulière d'agents contractuels. Il n'en existe aucune définition légale. C'est la jurisprudence administrative qui, progressivement, a mis au point la définition et les critères applicables aux vacataires. Cette catégorie particulière d'agents contractuels sera étudiée plus avant au sein des développements à venir de la présente thèse.

⁶ En ce sens, voir notamment : Ordonnance n°45-1006 du 21 mai 1945 relative à la titularisation des employés auxiliaires temporaires de l'état. *JORF*, 22 mai 1945, p. 2882.

⁷ En ce sens, voir notamment : Décret n°88-545 du 6 mai 1988 relatif au recrutement direct dans certains emplois de la fonction publique territoriale, en application de l'article 47 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 7 mai 1988, p. 6391.

⁸ En ce sens, et à titre d'illustration : CAA Douai, 21 mars 2013, n°11DA01394. La Cour évoque en l'espèce la situation d'un agent dit « supplétif ».

⁹ En ce sens, et à titre d'illustration : CE, 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut Rhin*, n°07636. Le Conseil d'État reconnaît, au sein de cet arrêt, la possibilité pour une administration de recruter des intérimaires – possibilité fortement encadrée, comme nous l'évoquerons ultérieurement.

¹⁰ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 4 : « *Le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire* ».

selon le fondement juridique du recrutement : soit le statut pour les fonctionnaires, soit le contrat pour les agents non titulaires.

Ensuite, et au surplus, une nouvelle distinction doit être effectuée concernant le droit applicable à ces agents. Les fonctionnaires, d'une part, sont soumis à un statut. Ils relèvent donc du droit public. D'autre part, le droit applicable aux agents contractuels est différent selon que le service public en cause est administratif ou industriel et commercial¹¹. Ce principe a été posé par le Tribunal des Conflits au sein de son célèbre arrêt *Berkani*¹². Le Tribunal y précise 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* ». Ainsi, les agents contractuels recrutés par une personne publique gérant un service public administratif relèvent pour l'essentiel du droit administratif, seules quelques exceptions législatives à ce principe étant à noter¹³. Ce sont ces agents qui présentent le plus de spécificités par rapport au droit commun du travail. Au contraire, les agents contractuels travaillant pour le compte d'un service public industriel et commercial sont soumis au droit privé, à l'exception du directeur du service et du comptable¹⁴. Ces agents relèvent par conséquent, en cas de contentieux, de la compétence du conseil de prud'hommes. Leur recrutement n'est en rien dérogatoire du droit commun. Il en va de même pour leurs conditions de travail, même si celles-ci se doivent d'intégrer certains enjeux du service public qu'ils mettent en œuvre comme le principe de laïcité¹⁵. Pour le reste, ils ne présentent pas de spécificité du fait de la nature publique de leur employeur.

¹¹ Dans le but d'assurer des services peu rentables ou de pallier certaines carences, l'administration s'est progressivement de plus en plus immiscée dans des domaines autrefois réservés aux seules personnes privées. Dès le 22 janvier 1923, dans son fameux arrêt *Bac d'Eloka*, le Tribunal des Conflits actait cette évolution en distinguant les services publics administratifs des services publics industriels et commerciaux, relevant de la compétence du juge judiciaire (TC, 22 janvier 1921, *Société Bac d'Eloka*, n°00706). Ainsi, le Tribunal des Conflits a considéré que lorsque l'administration agit comme un opérateur privé, elle doit tout naturellement être soumise aux règles du droit privé.

¹² TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres contre conseil des prud'hommes, dite Berkani*, n°03000. *Leb.*, p. 536. *AJDA*, 1996, p. 355, chron. J.H. Stahl et D. Chauvaux. *CJEG*, 1997, p. 35, note J.F. Lachaume. *D.*, 1996, p. 598, note Y. Saint-Jours. *AJFP*, 1996, n°2, p. 4. *AJFP*, 1997, n°3, p.15, commentaire P. Boutelet. *DA*, 1996, n°319, obs. J.B. A. *Dr. Soc.*, 1996, p.735, obs. X. Prétot. *JCP*, 1996, n°22664, note P. Moudoudou. *LPA*, 1997, n°7, note S. Alberelli-Francfort. *RFDA*, 1996, p.819, concl. P. Martin.

¹³ On pense ici notamment aux contrats aidés, qui relèvent, par détermination de la loi, du droit privé, et ce même s'ils participent à la mise en œuvre d'un service public administratif. En ce sens, et pour illustration : VULBEAU Alain. « Les contrats aidés, entre complexité et précarité ». *Informations sociales*, 2007, 6, n°142, pp. 75-76.

¹⁴ En ce sens, pour illustration : CE, 26 janvier 1923, *Robert de Lafrégeyre*, n°62529.

¹⁵ En ce sens, et à titre d'illustration : Cass. ass. plén., 25 juin 2014, *Baby Loup*, n°13-28369. *AJDA*, 2014, p. 1293. *AJDA*, 2014, p. 1842, note S. Mouton et T. Lamarche. *D.*, 2014, p.1386. *D.*, 2014, p. 1536, entretien.

Ainsi, et afin de résumer ces propos : parmi le personnel contractuel de l'administration au service d'une personne publique, une seconde dichotomie peut être observée entre les agents contractuels travaillant pour le compte d'un service public industriel et commercial et ceux travaillant pour le compte d'un service public administratif.

La présente thèse s'attardera plus spécifiquement sur les services publics administratifs, en raison du particularisme des relations de travail qui s'y déroulent. Nous utiliserons l'expression « emploi public administratif » afin de désigner ces relations de travail particulières. Au surplus, c'est bien l'emploi public administratif qui est caractéristique de l'action administrative, qui en constitue la substance, l'essence, le fondement.

Reste désormais à définir ce qu'est un agent contractuel au sein de l'emploi public administratif.

Une première approche pourrait consister à définir ces agents contractuels par le biais de l'instrument de leur recrutement. Ainsi, tout agent qui serait recruté par le biais d'une convention synallagmatique serait de facto un agent contractuel. A contrario, en l'absence de contrat, l'agent ne pourrait être qualifié d'agent contractuel. Une telle définition serait cependant lacunaire, puisqu'il est fréquent – et juridiquement possible – que des agents non statutaires soient recrutés par voie unilatérale, et donc sans la rédaction d'un quelconque contrat. La définition précédemment exposée serait alors incomplète, puisque le contrat à lui seul ne saurait pas englober l'intégralité des situations pratiques rencontrées.

Les agents contractuels ne doivent donc pas être définis en rapport avec l'existence matérielle d'un instrument de recrutement – qui au demeurant peut être inexistant puisque les engagements oraux sont admis¹⁶. Au contraire, ce qui distingue les agents contractuels des fonctionnaires, c'est la présence de ce qui constitue la substance même du contrat : le consentement. Afin de s'en convaincre, il convient de revenir à la définition du contrat. L'article 1101 du Code Civil le définit comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Le

C. Radé. *AJCT*, 2014, p. 511, obs. F. de la Morena. *AJCT*, 2014, p. 337, tribune F. de la Morena. *Dr. Soc.*, 2014, p. 811, étude J. Mouly. *RTD civ.*, 2014, p. 630, obs. J. Hauser. *RFDA*, 2014, p. 954, note P. Delvolvé.

¹⁶ En ce sens, voir notamment : CE, 17 janvier 1996, *Mme Thoury*, n°152713. *AJFP*, 1996, n°1, p. 46, note B. Mathieu.

dictionnaire Larousse¹⁷, quant à lui, définit la convention comme « *ce qui est admis d'un commun accord, tacite ou explicite* ». En d'autres termes, l'élément essentiel d'un contrat ne réside en rien dans sa forme qui n'est que la traduction d'un accord de volontés qui constitue l'essence du contrat. L'accord de volontés doit donc également constituer la base de la définition d'un agent contractuel.

Il nous est donc désormais possible de définir précisément ce qu'est un agent contractuel de l'administration : un agent de l'administration dont les modalités de recrutement résultent d'un accord de volontés. Ainsi, et à titre d'exemple, l'agent contractuel recruté par acte unilatéral l'est à l'issue d'une négociation sur ses conditions de travail, à l'issue d'un accord entre les parties. Dans ce cas de figure, l'acte unilatéral de recrutement peut être considéré comme la formalisation d'une rencontre de volontés. Le fonctionnaire, quant à lui, est soumis à un statut, à l'autorité de l'administration qui dispose sur lui d'un important pouvoir de direction qu'elle peut exercer sans forcément rechercher son accord.

Par suite, se pose logiquement la question de définir plus généralement le contrat conclu entre un agent et l'administration, toujours au sein de l'emploi public administratif. Sur les bases précédemment exposées, il nous est possible de proposer la définition suivante : le contrat liant l'autorité administrative gestionnaire d'un service public administratif à son agent est un acte oral, unilatéral ou synallagmatique scellant l'accord de volontés des parties sur les conditions de travail qu'elles entendent mettre en œuvre.

Le personnel des services publics administratifs se répartit donc, comme nous avons pu le constater, en deux catégories : les fonctionnaires et les agents contractuels. Si ces deux catégories d'agents publics cohabitent, quel est le mode de recrutement naturel d'un agent public ? En d'autres termes, par principe, quel est le mode de recrutement devant être privilégié ? Quel est celui devant être considéré comme dérogatoire ? La réponse est évidente, puisque précisée au sein du statut général de la fonction publique : « *sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont*

¹⁷ Dictionnaire Larousse [EN LIGNE]. Disponible sur : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/convention/18972?q=convention#18861> (consulté le 16 avril 2014).

(...) occupés (...) par des fonctionnaires¹⁸ ». Ainsi, l'emploi public administratif permanent est supposé par principe être pourvu par des fonctionnaires. C'est donc le statut, et non le contrat, qui est censé caractériser l'emploi public administratif, le distinguer du droit commun et constituer sa véritable spécificité.

Comment expliquer ce particularisme ? Pour ce faire, il conviendra de s'attarder sur la naissance et le développement progressif des principes fondateurs de ce que nous qualifierons de « droit de l'emploi public administratif ». Ce droit de l'emploi public administratif se compose de l'ensemble des règles de droit applicables aux agents des services publics administratifs, dont le contentieux relève de la juridiction administrative. Nous nous apercevons ainsi que ce qui distingue, identifie et qualifie l'emploi public administratif - son organisation statutaire – est le fruit d'une longue histoire (SECTION I).

Puis, nous nous attarderons sur la décentralisation de l'action administrative, phénomène concomitant à la naissance de trois fonctions publiques distinctes, dont les principes, l'évolution et les modes de fonctionnement diffèrent (SECTION II).

Ce n'est qu'une fois ces observations liminaires achevées qu'il nous sera enfin possible de circonscrire précisément l'étendue et la problématique de la présente étude (SECTION III).

SECTION I – L'organisation statutaire de l'emploi public administratif, fruit d'une longue histoire :

Nous l'avons évoqué, le droit de l'emploi public administratif a pour caractéristique majeure le recrutement statutaire, au contraire du droit commun du travail où le recrutement est basé sur le contrat. Ce particularisme s'explique par l'histoire du droit de l'emploi public administratif.

Ainsi, pour répondre à ses besoins particuliers, l'administration dû se doter d'un personnel propre, à même d'accomplir les missions qui lui étaient dévolues. Il est dès lors évident que les besoins en personnel de l'administration ont évolué symétriquement aux évolutions de ses prérogatives. Il est par conséquent pertinent de lier le développement de

¹⁸ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 3.

l'administration française et de son personnel à l'affirmation progressive de la notion d'État, de son rôle et de ses missions.

Très rapidement, les agents au service des employeurs publics se sont vus imposer un régime juridique particulier, différent de celui applicable aux autres actifs : le droit de l'emploi public administratif. Cette originalité s'explique là aussi par la spécificité de leurs missions, par la traduction juridique d'un certain nombre de principes fondateurs qu'il conviendra d'isoler.

Le droit applicable au personnel de l'administration publique française contemporaine est donc le fruit d'une longue histoire, d'une série d'évolutions successives, elles-mêmes indissociables de l'affirmation puis de la consolidation du droit administratif.

Afin de revenir sur la longue construction de cet appareil administratif, il nous est possible de systématiser trois principes directeurs ayant conduit à constituer le droit aujourd'hui applicable aux agents des services publics administratifs – le droit de l'emploi public administratif. En premier lieu, il nous est possible d'identifier le principe de la soumission des agents publics à des sujétions particulières (§1). En raison des tâches particulières qui leurs sont confiées, les agents publics ont toujours été soumis à des règles dérogatoires du droit commun. C'est donc par nécessité qu'un droit dérogatoire au droit commun du travail est né.

En second lieu, nous nous attarderons sur le principe de l'égal accès à l'emploi public (§2), qui aujourd'hui encore conduit à recruter les agents de l'administration par la voie de concours spécifiques. Là encore, la mise en œuvre de ce principe a contribué à la construction du droit de l'emploi public administratif.

C'est donc pour répondre à l'ensemble de ces contraintes que le principe de l'organisation statutaire de la fonction publique a été adopté (§3).

§1 – Le principe de la soumission des agents publics à des sujétions particulières :

Le premier principe fondateur du droit de l'emploi public administratif est certainement le plus évident : la nécessité de soumettre les agents publics à des sujétions particulières en raison de la nature de leurs missions. De telles sujétions apparaissent dès les balbutiements de l'appareil administratif français.

Les origines de l'appareil administratif français – et par conséquent de son premier principe fondateur – sont particulièrement anciennes. Il s'agit, dans un premier temps, pour les monarques et empereurs, d'assurer la dissémination de leur volonté sur l'ensemble de leur royaume, de maintenir l'unité de leur territoire et de leur population, mais aussi et surtout de percevoir les taxes et impôts.

La période carolingienne, marquée par le renouveau du pouvoir législatif¹⁹, voit l'apparition des missi dominici et l'édiction d'un ensemble de règles de droit leur étant applicables. Ces « envoyés du seigneur » sont soumis à des sujétions particulières ; ainsi, au titre du chapitre XVI du capitulaire De Villis, il est précisé que : « *Nous voulons que nos intendants exécutent avec ponctualité ce qui leur sera ordonné (...). Celui qui se rendra coupable de négligence dans l'exécution de nos ordres ne devra plus boire à partir du moment où il aura été averti jusqu'à ce qu'il vienne en notre présence ou en celle de la reine et qu'il sollicite de nous son pardon*²⁰ ».

Durant la période Capétienne, les baillis et sénéchaux, émanations directes du pouvoir central, sont « *surveillés de près par l'autorité centrale* »²¹.

La révolution française de 1789 ne fait que confirmer ce particularisme. Ainsi, les agents publics prêtent désormais systématiquement serment « *d'être fidèles à la Nation, à la Loi et au Roi et de maintenir de tout leur pouvoir la Constitution décrétée par l'Assemblée*

¹⁹ CASTALDO André, MAUSEN Yves. *Introduction historique au droit*. Paris : Dalloz, 4^e édition, 2013. 785 p. p. 138.

²⁰ RICHE Pierre, BOURNAZEL Eric, AUTRAND Françoise, dir. PINET Marcel. *Histoire de la fonction publique en France – TOME 1 : des origines au XVe siècle*. Paris : Nouvelle Librairie de France, 1995. 482 p. p. 76.

²¹ Ibidem, p. 293.

*Nationale et acceptée par le Roi*²² ». Ce serment, même s'il sera violé quelques temps plus tard lorsque le Roi sera renversé, marque tout de même un retour à la conception originelle de ces agents au service de l'État, une réaffirmation de leur raison d'être. Il est à noter que la pratique des serments était déjà en vigueur sous l'ancien régime, mais réservée à seuls quelques hauts fonctionnaires²³.

Les fonctionnaires sont d'ailleurs soumis à une série d'incriminations spécifiques, conséquences de la singularité de leurs missions. Ainsi, au sein de la cinquième section du titre premier, deuxième partie, du code pénal adopté le 6 octobre 1791²⁴ on relève plusieurs « *crimes des fonctionnaires publics dans l'exercice des pouvoirs qui leurs sont confiés* ». Dans le même temps, une protection toute particulière leur est accordée : l'article VII de la quatrième section du titre premier, deuxième partie de ce même code pénal précise que « *quiconque aura outragé un fonctionnaire public en le frappant au moment où il exerçait ses fonctions sera puni de la peine de deux années de détention* ».

L'Empereur Napoléon Bonaparte instaure, au sein de la constitution de l'an VIII²⁵, un régime de responsabilité spécifique aux fonctionnaires, qui leur assure une protection particulière, là encore justifiée par la nature des tâches qui leur sont confiées²⁶.

L'œuvre du juge administratif – dont la compétence est justement déterminée par l'existence des sujétions particulières pesant sur les agents publics – est déterminante concernant le droit de l'emploi public administratif. C'est notamment par sa jurisprudence qu'il façonne les premières véritables définitions applicables à la matière. En effet, initialement, la définition de l'emploi public, du fonctionnaire, de la réalité que recouvre ces

²² IMBERT Jean, NAGLE Jean, MEYER Jean, GODECHOT Jacques, dir. PINET Marcel. *Histoire de la fonction publique en France – TOME 2 : du XVIe au XVIIIe siècle*. Paris : Nouvelle Librairie de France, 1995. 514 p. p. 417.

²³ Ibidem, p. 416.

²⁴ Code pénal du 6 octobre 1791 [EN LIGNE] Disponible sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6532512s/f5.image> (consulté le 14 novembre 2013).

²⁵ BIGOT Grégoire. « Les mythes fondateurs du droit administratif ». *RFDA*, 2000, pp. 527-536.

²⁶ Constitution du 22 frimaire an VIII, 13 décembre 1799. Le régime de responsabilité des fonctionnaires est déterminé par le titre VI (« *de la responsabilité des fonctionnaires publics* »). Il est notamment possible de citer l'article 75, qui instaure un régime d'autorisation préalable du Conseil d'État avant toute mise en cause de la responsabilité d'un agent du gouvernement : « *Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État : en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires* ». [EN LIGNE] Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html> (consulté le 29 janvier 2014)

expressions, est particulièrement floue. Ainsi, la Grande Encyclopédie, dans son édition de 1885, précise qu'il « *n'existe point de définition suffisamment claire et compréhensive du mot fonctionnaire public, et ce manque de précision a donné lieu souvent à de graves difficultés juridiques. On peut, d'une manière très générale, ranger sous ce terme toutes les personnes qui sont chargées d'assurer la marche des services publics, détiennent, à ce titre, une portion, si minime soit-elle, de l'autorité publique, et émargent au budget de l'État, du Département ou de la commune*²⁷ ». Le juge administratif va très tôt se saisir de cette question.

Implicitement en 1879, avec l'arrêt *Guidet*²⁸ rendu par le Tribunal des Conflits, sa compétence est reconnue pour les agents communaux. En 1889, avec l'arrêt *Cadot*²⁹, le Conseil d'État retient sa compétence concernant une demande indemnitaire formulée par un ingénieur en chef des Ponts et Chaussées. Puis, en 1923 avec l'arrêt *Hardouin*³⁰, le juge administratif met en place les premiers critères d'identification du fonctionnaire : l'appartenance durable de l'agent aux cadres d'une administration, sa nomination à un emploi permanent, sa rémunération au titre d'un budget. Le juge administratif façonne donc progressivement les contours du droit de l'emploi public administratif – droit dérogatoire du droit commun en raison des sujétions particulières auxquelles sont soumis les agents publics.

§2 – Le principe de l'égal accès à l'emploi public :

Le deuxième principe fondateur du droit de l'emploi public administratif est celui de l'égal accès à l'emploi public, qui conduit à la mise en place du recrutement par la voie du concours. Ce principe, d'origine révolutionnaire (B), est né en réaction au commerce des charges publiques – la vénalité des offices – pratiqué sous l'ancien régime (A).

²⁷ DREYFUS Camille. *La grande encyclopédie : inventaire raisonné des sciences, des lettres et des arts - Tome 17 / par une société de savants et de gens de lettres*. Paris : Société anonyme de « La Grande encyclopédie », 1885. 1212 p. p. 705. [EN LIGNE]. Disponible sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k246527/f715.image> (consulté le 20 novembre 2013).

²⁸ TC, 27 décembre 1879, *Guidet*. *Sirey*, 1881, 3.76.

²⁹ CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, n°66145.

³⁰ CE, 9 mars 1923, *Hardouin*. *RDP*, 1923, p. 239, concl. Rivet.

A. La vénalité des offices, mode d'accès à l'emploi public symptomatique des dysfonctionnements de l'ancien régime :

Le XVI^e siècle est traditionnellement considéré comme « *le tournant fondamental qui voit la naissance de l'État français, donc de l'élaboration d'une administration cohérente, confiée à des agents responsables devant le souverain : il s'agit donc d'une étape essentielle de l'histoire des fonctionnaires*³¹ ». Malgré ce progrès notable, les tâches publiques sont alors généralement attribuées au plus offrant, sur le principe de la vénalité des offices, qui tend à se généraliser. Il est d'ailleurs étonnant de constater que les monarques successifs ont quasi-systématiquement condamné cette pratique, l'interdisant même pour certains, tout en continuant tout de même à en pratiquer le commerce. En tout état de cause, cette vénalité est très mal vécue par le peuple, dont les protestations s'élèvent périodiquement à l'encontre de cette pratique³².

Le XVII^e siècle est marqué par l'apparition – aux cotés des officiers – d'une administration parallèle menée par les commissaires, titulaires d'une commission, charge temporaire. L'idée dominante lors de l'instauration de cette nouvelle catégorie d'agents du Roi n'est pas – loin s'en faut ! – la bonne administration de l'État. Ces charges temporaires sont uniquement dédiées au financement des très nombreuses guerres menées notamment par Louis XIV³³.

Enfin, le XVIII^e siècle est marqué par quelques évolutions concernant la vénalité des offices³⁴ (sans pour autant remettre en cause son existence) ainsi que par la formulation de nombreuses critiques à l'encontre des officiers, dans leur immense majorité fortement corrompus³⁵.

On ne peut alors que constater à quel point la conception originelle de ce personnel au service de l'État – supposé loyal, dévoué et devant témoigner d'une probité à toute épreuve –

³¹ IMBERT Jean, NAGLE Jean, MEYER Jean, GODECHOT Jacques, dir. PINET Marcel. *Histoire de la fonction publique en France – TOME 2 : du XVI^e au XVIII^e siècle*. Paris : Nouvelle Librairie de France, 1995. 514 p. p. 13.

³² Ibidem, pp. 17-23.

³³ Ibidem, pp. 173-273.

³⁴ Ibidem, p. 353.

³⁵ Ibidem, p. 389.

a été dévoyée. Il est certain que le principe de la vénalité des offices ne permettait aucunement aux plus méritants d'accéder à des postes correspondant à leur talent. La révolution met un terme à ce commerce des charges publiques, instaurant le principe de l'égal accès à l'emploi public.

B. L'affirmation du principe de l'égal accès à l'emploi public par les révolutionnaires :

Les révolutionnaires tiennent le commerce des charges publiques pour responsable des dysfonctionnements de l'administration et de la corruption alors généralisée. Fort logiquement, ils mettent immédiatement un terme à ce commerce via l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *tous les citoyens, étant égaux (...), sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents*³⁶ ».

C'est sur la base de ce texte³⁷ que le recrutement au sein de la fonction publique s'effectue depuis lors principalement par concours. Il s'agit là, selon certains auteurs, d'un « *principe sacré*³⁸ » de la fonction publique française, de la technique soi-disant « *la plus propre à assurer dans l'égalité la sélection des meilleurs*³⁹ ». Là encore, cette spécificité concernant le recrutement justifie l'existence du droit de l'emploi public administratif.

Néanmoins, le recrutement par concours est rapidement pris en défaut : à compter du milieu du XIXe siècle commence à se développer une seconde catégorie d'agents publics, à côté des fonctionnaires. C'est en effet à compter de cette période que les recrutements sur concours ont pu être pris en défaut pour certains besoins particulièrement spécifiques de

³⁶ Ibidem.

³⁷ Afin d'être parfaitement complet, il est possible de citer les écrits de Frédéric Edel (EDEL Frédéric. « Deux siècles de principe d'égal admissibilité aux emplois publics ». *RFAP*, 2012, vol. 142, n°2, p. 339) : « *Le vocable d'égal admissibilité prend donc sa source au XVIIIe siècle dans le moment révolutionnaire et se retrouve ensuite dans tous les textes constitutionnels du XIXe siècle abordant la question. La période contemporaine, quant à elle, tend davantage à recourir à l'expression de l'égal accès : celle-ci trouve son origine dans le préambule de la Constitution de 1946 qui « garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques » et dans la jurisprudence administrative et constitutionnelle de l'après-guerre. Ces diverses formulations sont utilisées comme étant entièrement synonymes.* »

³⁸ MONTECLER Marie-Christine de. « Les derniers des Mohicans ? ». *AJDA*, 2005, p. 1425.

³⁹ CHAPUS René. *Droit Administratif général. Tome 2*. Paris : Montchrestien, 15^e édition, 2001. 797 p. §186.

l'administration, comme « *le cas d'un spécialiste du chiffrage des correspondances [ou encore] de personnels scientifiques pour les laboratoires de l'État*⁴⁰ ». Pour pallier ces carences, l'administration procède à des recrutements directs. Le respect du principe du recrutement par concours est d'ores et déjà malmené.

La révolution française apporte donc un deuxième pilier au droit de l'emploi public administratif : le principe de l'égal accès aux emplois publics, par la voie du concours. Néanmoins, comme nous avons pu le constater, il ne s'agit pas là d'un principe absolu. En effet, de nombreux besoins en personnels de l'administration n'ont pu être comblés que par le recours à des recrutements directs. Toutefois, le recrutement par concours est toujours resté le principe. En tout état de cause, les particularismes du droit de l'emploi public administratif ont nécessité, afin d'être uniformément appliqués et pérennisés, d'opter pour une organisation statutaire de la fonction publique.

§3 – Le principe de l'organisation statutaire de la fonction publique :

Si le principe d'une fonction publique statutaire est aujourd'hui acquis, il n'en demeure pas moins qu'une longue évolution a été nécessaire avant d'aboutir aux statuts unitaires adoptés au début des années 1980. Plusieurs idées principales ont permis d'aboutir à ce principe : la nécessité de formaliser une hiérarchie quasi-militaire, d'uniformiser le droit applicable à l'ensemble des agents publics, de garantir un emploi à vie afin de soustraire les agents d'éventuelles pressions politiques, d'assurer une certaine stabilité à l'action administrative. Également, les statuts représentent une sorte d'idéal social, ardemment défendu – parfois sans aucune autre justification que l'idéologie – par certains hommes politiques⁴¹.

Ainsi, et en d'autres termes, les statuts se sont progressivement imposés comme l'outil idéal afin de concrétiser les particularismes du droit de l'emploi public administratif.

⁴⁰ PELLETIER Pascale, MARILLIA Georges-Daniel. *Les agents non titulaires des trois fonctions publiques*. Paris : Éditions Berger-Levrault, 4^e édition, 2007. 286 p. pp. 13-14.

⁴¹ LE PORS Anicet. « Quel avenir pour le statut ? ». *CFP*, 2013, n°329, pp. 37-39.

L'administration s'est dotée d'une hiérarchie calquée sur le modèle de l'armée⁴², sous l'influence de l'empereur Napoléon Bonaparte : « *le loyalisme, le conformisme, l'obéissance, la discipline [y régnaient]*⁴³ ». C'est sur cette base, fortement centralisée, que se consolide progressivement l'administration. L'idée d'un statut général applicable à l'ensemble des fonctionnaires, destiné à uniformiser le droit leur étant applicable, n'est bien sûr pas encore apparue sous le premier empire. Pourtant, certains auteurs considèrent que cette idée « *était déjà, sinon « dans l'air », du moins « en pointillé », en germe, dans certaines institutions ou certaines pratiques qui se développent ou se mettent en place les unes après les autres entre 1814 et 1848*⁴⁴ ».

Pour autant, la nature du lien unissant l'administration à ses agents a longtemps fait débat. Il est ainsi possible de citer l'arrêt *Winkell*, rendu en 1909 par le Conseil d'État⁴⁵. Principalement connu pour ses apports concernant le droit de grève des agents publics⁴⁶, cette jurisprudence apporte néanmoins quelques précisions sur la conception alors en vigueur du fonctionnaire. En effet, cet arrêt précise que : « *[s'il] existe une sorte de contrat entre le fonctionnaire et l'Administration, les règles qui le régissent se trouvent dans les textes spéciaux à chaque catégorie de fonctionnaires (...) Considérant que la grève, si elle est un fait pouvant se produire légalement au cours de l'exécution d'un contrat de travail réglé par les dispositions du droit privé, est, au contraire, lorsqu'elle résulte d'un refus de service concerté entre des fonctionnaires, un acte illicite ; [les fonctionnaires grévistes] se placent eux-mêmes (...) en dehors [des] droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'Administration* ». En d'autres termes, et selon les dispositions de cet arrêt, le fonctionnaire est lié à l'administration par un contrat comparable au contrat de louage de

⁴² IMBERT Jean, NAGLE Jean, MEYER Jean, GODECHOT Jacques, dir. PINET Marcel. *Histoire de la fonction publique en France – TOME 2 : du XVIe au XVIIIe siècle*. Paris : Nouvelle Librairie de France, 1995. 514 p. p. 463.

⁴³ PLANTEY Alain. *La fonction publique, traité général*. Paris : Litec, 2011. 826 p. p. 3.

⁴⁴ CHABIN Michel, LALLEMENT Jean-Noël, BIDOUZE René, SALON Serge, dir. PINET Marcel. *Histoire de la fonction publique en France – TOME 3 : les XIXe et XXe siècles*. Paris : Nouvelle Librairie de France, 1995. 589 p. p. 69.

⁴⁵ CE, 7 août 1909, *Winkell*, n°37317. *Leb.*, p. 826 et 1296, concl. J. Tardieu. *RDJ*, 1909, p. 494, note G. Jèze. *S.*, 1909, III, p. 145, note. M. Hauriou.

⁴⁶ Droit qui, selon cet arrêt, n'était pas accordé aux fonctionnaires. Il convient d'ailleurs de noter, afin de contextualiser cet arrêt, la farouche opposition au droit de grève qui transparait des écrits de cette période. Ainsi, Maurice Hauriou, dans sa note sous l'arrêt *Winkell*, précise que : « *le droit de grève, c'est le droit de guerre privé qui réapparaît. Et ce n'est pas une guerre privée accidentelle, c'est une guerre privée systématique, menée par une classe qui aspire à la souveraineté* ».

service du droit privé, prévu par les articles 1780 et suivants du code civil. Cet arrêt consacre donc la notion de « *contrat de travail de fonction publique*⁴⁷ ».

Néanmoins, cette théorie semble aller à l'encontre même de la réalité factuelle : l'accord de volontés, indispensable à la conclusion du contrat, n'est déjà que très faible, voire inexistant, dans les relations de travail entretenues entre les fonctionnaires et l'administration. En effet, la situation des fonctionnaires est toujours apparue « *de moins en moins contractuelle et de plus en plus statutaire et réglementaire*⁴⁸ ». Le législateur ira en ce sens. Ainsi, la loi du 23 octobre 1919 mérite d'être citée : « *à la demande des préfets, les conseils municipaux sont mis en demeure d'arrêter dans les six mois les modalités de recrutement, d'avancement et de discipline des agents. À défaut, un statut type, rédigé par le Conseil d'État et fixé par un décret du 10 mars 1920, leur sera imposé*⁴⁹ ». Malgré la variété phénoménale des statuts ainsi adoptés, cette initiative mérite d'être signalée. Elle marque l'arrivée du statut comme repère fondamental de l'emploi public administratif. D'un point de vue juridique, c'est ce qui singularise cet emploi, le définit et l'identifie. D'ailleurs, c'est sur cette même base – un statut applicable par défaut si aucun règlement n'est adopté par l'autorité – que plusieurs autres projets de loi sont discutés, notamment à partir de 1936 et l'arrivée au pouvoir du Front Populaire⁵⁰.

Dans la continuité de cette évolution législative, la théorie du fonctionnaire contractuel, « *sévèrement critiquée tant par Hauriou que Jèze* »⁵¹, est abandonnée par le juge administratif – du moins implicitement – par l'arrêt *Demoiselle Minaire* du 22 octobre 1937⁵². Le Conseil d'État y consacre la position statutaire et réglementaire du fonctionnaire, « *au motif que la fonction publique n'est pas un métier comme les autres mais une fonction au service de l'intérêt général*⁵³ ».

⁴⁷ VIDON Benoît. « Un nouvel horizon pour l'agent contractuel ». *RLCT*, 2006, n° 15, pp. 56–59.

⁴⁸ PELLETIER Pascale, MARILLIA Georges-Daniel. *Les agents non titulaires des trois fonctions publiques*. Paris : Éditions Berger-Levrault, 4^e édition, 2007. 286 p. p. 13.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 89.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 100-104.

⁵¹ GLASER Emmanuel. « La porosité de la situation contractuelle d'un agent public : extraits des conclusions du commissaire du gouvernement. CE, 31 décembre 2008, n°283256, *M. Cavallo* ». *RLCT*, 2009, n°45, pp. 26-29. p. 20.

⁵² CE, 22 octobre 1937, *Demoiselle Minaire et autres*. *Leb.*, 1937, p. 843, concl. Lagrange. *D.*, 1938, p. 349, concl. Lagrange, note Eisenmann. *RDP*, 1938, p. 121, note Jèze.

⁵³ JEAN-PIERRE Didier. « Libres propos ». *RLCT*, 2010, pp. 99–101. p. 99.

A la veille de la seconde guerre mondiale, l'idée d'un statut unitaire n'est encore qu'un vague espoir porté par les syndicats⁵⁴. Cet état de fait est bouleversé par la guerre. La convention d'armistice est signée entre la France et l'Allemagne le 22 juin 1940. Le 11 juillet, le Maréchal Pétain, proclamé chef de l'État, s'adresse aux Français. Il annonce notamment une réforme du droit applicable aux fonctionnaires : « *les fonctionnaires ne seront plus entravés par des règlements trop étroits et par des contrôles trop nombreux. Ils seront plus libres ; ils agiront plus vite. Mais ils seront responsables de leurs actes*⁵⁵ ».

Cette déclaration précède l'adoption de statuts généraux applicables tant au personnel de l'État⁵⁶ qu'au personnel communal⁵⁷, concrétisant le désir latent d'uniformisation de leurs droits et devoirs. L'évolution est notable : « *la philosophie de ce statut (...) fait du fonctionnaire dépositaire d'une partie de la puissance publique, placé sous un pouvoir hiérarchique rigoureux, un agent qui a plus de devoirs que de droits, plus d'obligations que de garanties*⁵⁸ ». Concernant le statut des agents communaux, une particularité est à signaler : « *il distingue (...) les employés exerçant des fonctions assimilables au secteur privé et soumises de ce fait au droit privé (...) et les fonctionnaires*⁵⁹ ». L'ordonnance du 9 août 1944⁶⁰ abroge l'ensemble de ces dispositions, remettant la fonction publique dans son état antérieur à la guerre.

La guerre achevée, la fonction publique toute entière doit être rebâtie ; un nouveau statut doit être adopté. Maurice Thorez, ministre d'État chargé de la fonction publique, s'attèle à cette tâche. Bien que la gestation de ce statut ait été extrêmement rapide (seulement

⁵⁴ ROSANVALLON Pierre. *L'État en France de 1789 à nos jours*. Paris : Le Seuil, 1993. 369 p. p. 69 : « *Le modèle du statut, sous le double effet de la pression syndicale et de l'absence d'alternative forte, a constitué une sorte d'horizon indépassable de l'idée de fonction publique. C'est pourquoi, malgré toutes les critiques dont il a pu faire l'objet, sa logique a continué à s'imposer* ».

⁵⁵ DELPERRIE DE BAYAC Jacques. *Le royaume du Maréchal, histoire de la zone libre*. Paris : Laffont, 1975. 416 p. p. 42.

⁵⁶ Acte dit loi du 14 septembre 1941.

⁵⁷ Acte dit loi n°515 du 9 septembre 1943 et son décret d'application n°2541.

⁵⁸ RENAUT Marie-Hélène. *Histoire de la fonction publique*. Paris : Ellipses marketing, 2003. 96 p. p. 54.

⁵⁹ DURAND Dominique. *Une histoire de la fonction publique territoriale*. Paris : Éditions La Dispute, 2004. 311 p. p. 113.

⁶⁰ Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental.

4 mois sont nécessaires pour aboutir au texte final⁶¹), les discussions avec les syndicats sont particulièrement âpres⁶².

Le 19 octobre 1946, le premier statut unitaire de la fonction publique – au sens de la légalité républicaine – est adopté⁶³. L'article 1^{er} alinéa 1 de ce statut définit son champ d'application : « *le présent statut s'applique aux [personnels] des cadres d'une administration centrale de l'État, des services extérieurs en dépendant ou des établissements publics de l'État* ». En d'autres termes, ce statut ne concerne que le personnel de l'État. En tout état de cause, l'article 5 de ce statut précise – et ce point n'a jamais été remis en cause par la suite – que « *le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire* ». Il est nécessaire d'attendre 1952⁶⁴ pour qu'enfin un statut applicable aux agents des communes soit adopté.

Les premiers véritables statuts de la fonction publique, au sens de la légalité républicaine, sont donc adoptés. La carrière des fonctionnaires de l'État est désormais régie par un corpus de textes unitaires, garantissant une homogénéité de traitement à l'ensemble du personnel de l'administration.

Le statut s'impose alors comme un pilier fondamental du droit de l'emploi public administratif et partant de l'emploi public administratif. Cette prédominance du statut sera réaffirmée lors de l'adoption des statuts modernes de la fonction publique.

SECTION II - Une première décentralisation de l'action administrative concomitante à la naissance de trois fonctions publiques distinctes :

L'intégralité de l'administration ne peut être affectée auprès du pouvoir central. Fort logiquement, afin d'assurer une gestion efficace de l'État, l'administration doit être présente

⁶¹ DURAND Dominique. *Une histoire de la fonction publique territoriale*. Paris : Éditions La Dispute, 2004. 311 p. p. 135.

⁶² Ibidem.

⁶³ Loi n°46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires. *JORF* n°0246, 20 octobre 1946, p. 8910.

⁶⁴ Loi n°52-432 du 28 avril 1952 portant statut général du personnel des communes et des établissements publics communaux.

sur l'ensemble du territoire. Cette préoccupation a très rapidement été concrétisée par la mise en œuvre, aux côtés du pouvoir central, d'une administration déconcentrée répartie sur l'ensemble du territoire français. Ainsi, dès le XVI^e siècle, il est possible d'observer la mise en place d'administrateurs locaux, traduction de la relative autonomie accordée par le roi aux seigneurs et aux villes⁶⁵. C'est durant cette période que l'administration accentue son développement à travers l'ensemble du royaume et tend à prendre une importance de plus en plus prééminente au sein du fonctionnement de l'État.

La loi sur l'administration municipale de 1884⁶⁶ est qualifiée par certains auteurs de « *monument républicain*⁶⁷ ». Cette loi pose en effet plusieurs principes fondamentaux qui seront plus tard réaffirmés à de nombreuses reprises. Elle va ainsi attribuer une personnalité morale aux communes puis affirmer que « *le Conseil Municipal règle, par ses délibérations, les affaires du ressort de la Commune*⁶⁸ ». L'article 88 de cette loi, conséquence directe de la relative autonomie ainsi accordée, prévoit que le Maire « *nomme à tous les emplois municipaux, il suspend et il révoque*⁶⁹ ».

Avec la décentralisation, l'ancrage territorial de l'administration et de son personnel prend véritablement un nouvel essor. Le 15 juillet 1981, François Mitterrand, nouvellement élu, prononce les mots suivants : « *la France a eu besoin d'un pouvoir fort et centralisé pour se faire. Elle a aujourd'hui besoin d'un pouvoir décentralisé pour ne pas se défaire*⁷⁰ ». Adoptée dès le 2 mars 1982, la loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions⁷¹ consacre une nouvelle organisation de l'administration française. Il ne s'agit là que d'une première étape. En effet, l'effort de décentralisation, et

⁶⁵ IMBERT Jean, NAGLE Jean, MEYER Jean, GODECHOT Jacques, dir. PINET Marcel. *Histoire de la fonction publique en France – TOME 2 : du XVI^e au XVIII^e siècle*. Paris : Nouvelle Librairie de France, 1995. 514 p. pp. 119-133.

⁶⁶ Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale. *JORF*, 6 avril 1884, p. 1557.

⁶⁷ DURAND Dominique. *Une histoire de la fonction publique territoriale*. Paris : Éditions La Dispute, 2004. 311 p. p. 58.

⁶⁸ Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale. *JORF*, 6 avril 1884, p. 1557. Article 61.

⁶⁹ Ibidem, article 88.

⁷⁰ BAGUENARD Jacques. *La décentralisation*. Paris, P.U.F. « Que sais-je ? », 7^e édition, 2004, 128 p. pp. 3-4.

⁷¹ Loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. *JORF*, 3 mars 1982, p. 730.

donc de modernisation de la gestion publique, se poursuit. Ainsi, à partir de 2003, le gouvernement fait adopter plusieurs textes présentés comme l'acte II de la décentralisation⁷².

Cette nouvelle organisation de l'administration française nécessite une nouvelle organisation de son personnel. C'est pourquoi, concomitamment à cette décentralisation, de nouvelles dispositions applicables à la fonction publique sont adoptées par quatre lois successives : la loi portant droits et obligations des fonctionnaires⁷³, la loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique d'État⁷⁴, la loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale⁷⁵ et enfin la loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière⁷⁶. La fonction publique territoriale, initialement considérée comme le parent pauvre de l'administration, est rapidement identifiée comme « vouée à terme à être quantitativement la fonction publique la plus importante⁷⁷ ». En outre, « si l'histoire des institutions françaises montre que la fonction publique locale a précédé celle de l'État, l'histoire récente démontre qu'elle est en train de la devancer⁷⁸ ». Ce faisant, la fonction publique territoriale devient un terrain d'étude privilégié, puisqu'elle tend à devenir un modèle⁷⁹, un lieu d'expérimentations qui, si elles se révèlent concluantes, ne manqueront pas d'être étendues aux autres emplois publics.

La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et la loi Le Pors du 26 janvier 1984 ont permis l'adoption d'un statut unifié de la fonction publique territoriale. Cette avancée a permis de mettre un terme à ce que certains auteurs qualifiaient de

⁷² La pièce majeure de cet acte II de la décentralisation est très certainement la révision constitutionnelle intervenue le 28 mars 2003. Elle a notamment modifié l'article 1^{er} de la constitution du 4 octobre 1958 pour y préciser l'organisation décentralisée de la France : « *La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée* » (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).

⁷³ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

⁷⁶ Loi n°86-33 du 9 janvier 1986 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière. *JORF*, 11 janvier 1986, p. 535.

⁷⁷ JEAN-PIERRE Didier. « De l'arrêt « Cadot » au principe de parité ». *IAJ*, 2009, n°10, pp. 4–12. p. 10.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 12

⁷⁹ *Ibidem*.

« balkanisation⁸⁰ » de la fonction publique locale. En effet, avant ce statut de 1984, il était possible d'observer « *des fonctions publiques locales qui se caractérisent par un foisonnement de situations et d'emplois spécifiques*⁸¹ ». L'objectif de ce statut de la fonction publique territoriale est donc particulièrement ambitieux : unifier l'ensemble de l'emploi public administratif territorial sous la bannière d'un même statut, mettre un terme aux différences de traitement préexistantes et – par là même – assurer la pleine effectivité des principes fondamentaux du droit de l'emploi public administratif.

La fonction publique territoriale moderne, née suite à l'adoption de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et de la loi Le Pors du 26 janvier 1984, est donc un terrain d'étude idéal.

SECTION III - Étendue et problématique de la présente étude :

Nous avons pu observer, au travers de ce rapide aperçu de l'emploi public, que celui-ci présente des particularismes importants dès lors qu'il s'agit d'emploi public administratif. Nous avons donc entendu exclure du champ de notre étude l'emploi public industriel et commercial.

Nous avons ensuite pu observer l'émergence du droit de l'emploi public administratif et sa progressive consolidation sous la forme de statuts, mécanisme garantissant le respect des principes fondamentaux de cet emploi.

Enfin, nous avons pu constater que l'organisation administrative a été profondément modifiée par la décentralisation, réforme concomitante à l'adoption des statuts des trois fonctions publiques.

Ces statuts modernes de la fonction publique ont opéré une véritable synthèse de l'ensemble des principes directeurs régissant l'emploi public administratif. En édictant, par la loi du 13 juillet 1983, un ensemble de droits et d'obligations, le législateur a réaffirmé la

⁸⁰ Ibidem, p.8.

⁸¹ Ibidem.

nécessité de soumettre les agents publics à des sujétions particulières. En organisant trois fonctions publiques distinctes, chacune régie par un statut fondateur, le principe de l'organisation statutaire de la fonction publique a été réaffirmé avec une grande vigueur. Parmi les trois statuts de la fonction publique adoptés à l'aune de l'acte I de la décentralisation, nous avons pu constater que celui de la fonction publique territoriale était très certainement le plus ambitieux. Il a en effet défini le nouveau cap de l'emploi public administratif territorial, jusqu'alors en voie de « balkanisation⁸² » : uniformiser le droit applicable à l'ensemble des agents malgré la multitude d'employeurs et garantir l'égal accès à l'emploi public en maintenant l'exigence du concours.

Corrélativement, le recrutement statutaire est instauré comme repère de cet emploi public administratif territorial : il est ce qui le caractérise, ce qui le distingue du droit commun du travail. Dans la pureté des principes, il devrait par conséquent tendre à être exclusif de tout autre type de recrutement. Nous avons toutefois pu constater que, dès le XIXe siècle, l'administration a dû avoir recours à des recrutements directs, afin de pourvoir certains postes qui ne pouvaient l'être par la voie des concours, en raison notamment de la spécificité des besoins en présence. De tels recrutements contractuels devraient toutefois n'être qu'exceptionnels, et ce afin que le recrutement statutaire demeure le cap, le repère de l'emploi public administratif territorial. Au demeurant, le statut général de la fonction publique n'exclut pas expressément les recrutements contractuels : il les cantonne toutefois explicitement à de seules exceptions législatives⁸³.

Le statut de la fonction publique territoriale a aujourd'hui plus de 30 ans. Le principe du recrutement statutaire, véritable repère de l'emploi public administratif territorial, a-t-il survécu à la réalité du quotidien des administrations territoriales ? À la fin de l'année 2014, la DGAFP recense⁸⁴ pour la seule fonction publique territoriale 364 199 agents non titulaires, soit environ 19,22% de l'effectif total. Le contrat représente donc une part très importante des recrutements au sein de l'emploi public administratif territorial. Le recrutement étant alors

⁸² Ibidem.

⁸³ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 3.

⁸⁴ DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2016*. La Documentation Française, 2016, 684 p. p.97.

direct, la question du respect du principe d'égal accès à l'emploi public, censé être protégé par le concours, se pose.

Nous pouvons donc observer un certain glissement dans la conception de l'emploi public administratif territorial : à l'origine le statut, et donc la relation unilatérale et autoritaire de l'administration avec ses agents, était un principe absolu. La possibilité d'une relation contractuelle de travail s'est progressivement installée pour aujourd'hui représenter près d'un cinquième des agents au service des collectivités territoriales.

Au surplus, l'insertion progressive du contrat au sein du droit de l'emploi public administratif manque cruellement de lisibilité. En effet, bien que le statut, et par voie de conséquence le recrutement par la voie du concours, est historiquement considéré comme un principe fondateur de l'emploi public, une profonde remise en cause de ce modèle se dessine. L'insertion au sein de la fonction publique territoriale du contrat à durée indéterminée, en parallèle du statut, en est d'ailleurs un exemple flagrant : comment peut-on objectivement justifier la coexistence de ces deux modèles de recrutement pérenne ? Ne s'agit-il pas là d'un reniement des concepts fondateurs de l'emploi public administratif territorial ? Il nous semble bien s'agir là, à tout le moins, d'une profonde remise en cause. Toutes ces incertitudes nous amènent fort logiquement à nous interroger sur la raison d'être du contrat au sein du régime juridique applicable à l'emploi public administratif territorial.

Le contrat, au sein de l'emploi public administratif territorial, est-il annonciateur d'une profonde remise en cause du régime juridique de cet emploi ?

Le contrat a été conçu comme un outil destiné à compléter le statut. Son utilisation ne devait donc qu'être marginale. En effet, et comme nous avons pu l'observer précédemment, le contrat a été initialement promu comme le moyen permettant de recruter des agents pour des emplois nécessitant une technicité particulière qui ne pouvaient pas être pourvus sur la base des effectifs statutaires. Il s'agissait donc d'une exception. Cette conception originelle est-elle encore en vigueur ou a-t-elle été dévoyée ? En réalité, l'emploi du contrat est aujourd'hui devenu très fréquent, et semble même indispensable afin d'assurer le fonctionnement normal des institutions. Nous nous attacherons donc à démontrer, au sein d'une première partie, en

quoi le contrat est en réalité révélateur de l'inadaptation du statut de la fonction publique territoriale à l'ensemble des missions de l'emploi public administratif territorial (PARTIE I).

Au sein d'une seconde partie, nous nous attacherons à démontrer en quoi le contrat pourrait contribuer à adapter le droit de l'emploi public administratif territorial à l'ensemble de ses missions (PARTIE II). En effet, le contrat pourrait tout à fait, s'il était généralisé, apporter une plus grande souplesse, une meilleure gestion et donc une plus grande efficacité dans la gestion de l'emploi public administratif territorial, tout en assurant le respect des principes fondamentaux du droit de l'emploi public administratif.

PARTIE I

LE CONTRAT, RÉVÉLATEUR DE

L'INADAPTATION DU STATUT DE LA

FONCTION PUBLIQUE À L'ENSEMBLE DES

MISSIONS DE L'EMPLOI PUBLIC

ADMINISTRATIF TERRITORIAL

Le recrutement statutaire, au sein de la fonction publique, est un principe général consacré par l'article 3 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983⁸⁵, qui précise que « *sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont (...) occupés (...) par des fonctionnaires* ». Il convient de préciser que les agents titulaires sont nommés dans un grade, qui est « *distinct de l'emploi [et qui] confère [uniquement] à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent*⁸⁶ ».

Le recrutement statutaire d'agents alors qualifiés de titulaires afin d'occuper les emplois de l'administration territoriale constitue donc le repère fondamental de l'emploi public administratif territorial : il l'identifie, le caractérise et le singularise, à tel point que « *l'existence même de non-titulaires [en marge de la forteresse statutaire] est perçue comme une anomalie*⁸⁷ ».

Deux remarques peuvent immédiatement être faites. Tout d'abord, le principe du recrutement statutaire n'a pas une portée absolue puisque le législateur peut s'en exonérer.

⁸⁵ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174.

⁸⁶ Ibidem, article 12 alinéas 1 et 2.

⁸⁷ POCHARD Marcel. « Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la fonction publique ». *CFPA*, 2002, n°213, pp. 3-7. p. 5.

Ensuite, il est à noter que seuls les emplois permanents sont concernés par ce principe. Une lecture a contrario des dispositions précitées nous permet en effet d'affirmer que les emplois non permanents de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont occupés par principe par des agents non titulaires, autrement appelés agents contractuels. Reste à déterminer ce qu'est un emploi non permanent. Une définition de cette notion a été apportée par le Conseil d'État, au sein d'un arrêt rendu le 14 octobre 2009⁸⁸. La haute juridiction est ici venue préciser 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* ». En d'autres termes, le caractère non permanent d'un emploi dépend non pas de la durée du recrutement mais de la nature du besoin à satisfaire. Le critère employé est par conséquent purement fonctionnel.

Seuls les emplois destinés à répondre aux besoins permanents des collectivités territoriales et de leurs établissements publics sont donc censés être par principe pourvus par voie statutaire. Ce principe n'est toutefois pas absolu puisque les emplois permanents peuvent également être occupés par des agents contractuels. De tels recrutements, destinés à compléter les recrutements statutaires, sont donc censés n'être qu'exceptionnels. Contrairement à la conception européenne⁸⁹, la France n'accorde en effet en théorie qu'une place accessoire au contrat dans l'emploi public administratif territorial, considéré comme une anomalie dans ce type d'emploi.

L'utilisation du contrat comme outil de recrutement dans l'emploi public administratif territorial permanent n'est donc théoriquement qu'accessoire. Toutefois, en pratique, tel n'est pas le cas⁹⁰. Dès lors, si le recrutement statutaire – censé caractériser et singulariser l'emploi public administratif territorial – est concurrencé par le recrutement contractuel, cela démontre l'inadaptation du statut à l'ensemble des missions de l'emploi public administratif territorial. Le contrat est donc révélateur de l'inadaptation du statut à l'ensemble des missions relevant de l'emploi public administratif territorial.

⁸⁸ CE, 14 octobre 2009, *Masson*, n°314722. *JCP A*, 26 octobre 2009, n°44, act. 1161.

⁸⁹ En ce sens, voir partie II de la présente thèse.

⁹⁰ Concernant l'importance quantitative des recrutements contractuels dans l'emploi public administratif territorial, voir notamment : DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2016*. La Documentation Française, 2016, 684 p.

Une telle inadaptation est révélée par la multiplicité des cas de recrutements contractuels, sur lesquels nous nous attarderons dans un premier temps (TITRE 1).

Ensuite, dans un second temps, nous ne pourrons que constater que cette inadaptation est soulignée par la banalisation du recrutement contractuel (TITRE 2).

TITRE 1

UNE INADAPTATION RÉVÉLÉE PAR LA MULTIPLICITÉ DES CAS DE RECRUTEMENTS CONTRACTUELS

Le contrat, au sein du droit de l'emploi public administratif territorial permanent, est présenté comme un mode de recrutement dérogatoire. C'est la raison pour laquelle il nous est possible d'affirmer que le recrutement contractuel est, concernant l'emploi permanent, supposément exceptionnel. Cela est tellement vrai que chaque possibilité de recours au contrat comme outil de recrutement est définie et encadrée par avance au sein soit du statut de la fonction publique territoriale⁹¹, soit au sein de textes spécifiques. Ce postulat perd cependant de sa force dès lors que l'on constate la multiplicité des exceptions au principe du recrutement statutaire sur emploi permanent.

Au surplus, le principe du recrutement statutaire n'est pas applicable aux emplois non permanents. Il s'agit là, à notre sens, de l'aveu selon lequel le recrutement statutaire ne peut répondre à l'intégralité des besoins de l'administration.

La diversité des cas de recrutements contractuels révèle l'inadaptation du statut de la fonction publique territoriale à l'ensemble des missions de l'emploi public administratif territorial. Afin de le démontrer, nous nous attarderons, dans un premier temps, sur les cas de recrutements contractuels en tant que réponse aux insuffisances pratiques du recrutement statutaire (CHAPITRE 1). Ensuite, il nous sera possible de remarquer que de nombreuses missions particulières relevant de la compétence des collectivités territoriales et de leurs établissements publics amènent les personnes publiques locales à avoir recours à un recrutement contractuel, seul à même de satisfaire leurs besoins. C'est pourquoi nous nous attarderons, au sein d'un second chapitre, sur les cas de recrutements contractuels en réponse

⁹¹ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174.

aux besoins particuliers des collectivités territoriales et de leurs établissements publics
(CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1

LE RECRUTEMENT CONTRACTUEL, RÉPONSE POSSIBLE AUX INSUFFISANCES PRATIQUES DU RECRUTEMENT STATUTAIRE

Les possibilités de recrutements contractuels, au sein de l'emploi public administratif territorial, sont nombreuses et révèlent l'inadaptation du statut à l'ensemble des missions de l'emploi public administratif territorial. Certains de ces recrutements contractuels - ci-après étudiés - sont justifiés par les insuffisances pratiques du recrutement statutaire.

Le principe du recrutement statutaire est réservé – comme nous avons pu l'observer – aux emplois permanents. Pourquoi avoir exclu les emplois non permanents du champ d'application de ce principe de recrutement statutaire ? Il s'agit là d'une nécessité pratique, qui révèle de fait l'incapacité, pour le statut, de répondre à l'ensemble des besoins pratiques des administrations territoriales (SECTION I). Concernant les emplois permanents, il conviendra de s'attarder sur les multiples exceptions législatives au principe du recrutement statutaire. Dans ces hypothèses, les recrutements contractuels sont également justifiés par les insuffisances pratiques du recrutement statutaire (SECTION II).

SECTION I – La nécessité pratique des recrutements contractuels sur des emplois non permanents :

Nous l'avons vu, le principe du recrutement statutaire ne s'applique qu'aux emplois permanents. A contrario, les emplois administratifs non permanents des collectivités territoriales et de leurs établissements publics sont, par principe, occupés par des agents contractuels. Cela revient donc à affirmer, en d'autres termes, que le recrutement statutaire n'est pas à même de pourvoir l'ensemble des emplois des administrations territoriales. Ainsi,

le statut n'est pas adapté à la réalité de l'ensemble des missions exercées par les administrations territoriales.

Il convient, dans un premier temps, d'examiner les motifs d'une telle exclusion de principe de tout recrutement statutaire sur des emplois non permanents : la difficulté à pourvoir de tels emplois par des fonctionnaires (§1). Dans un second temps, nous nous intéresserons aux différents cas d'emplois non permanents susceptibles d'être créés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics et pourvus par des agents contractuels (§2).

§1 – La difficulté à pourvoir les emplois non permanents par la voie du recrutement statutaire :

Le recrutement statutaire offre aux agents de l'administration territoriale de nombreuses garanties. La plus évidente d'entre elles est l'emploi à vie, sans condition de durée. Cet avantage présente une contrepartie majeure pour l'administration territoriale qui doit nécessairement, avant chaque recrutement, s'assurer de la permanence de ses besoins, de la nécessité de s'engager à très long terme avec un individu. Il s'agit là d'une traduction de la logique de carrière adoptée par les statuts de la fonction publique dans leur ensemble⁹² - qui est à différencier de la logique de métier, sur laquelle nous reviendrons ultérieurement⁹³.

Les conséquences financières d'un recrutement statutaire sont particulièrement importantes. En effet, même pour le cas où l'administration décide de supprimer l'emploi occupé par le fonctionnaire et ne peut procéder à son reclassement, l'agent est placé en position surnuméraire pendant une année. Dans un tel cas, l'intégralité du traitement de l'intéressé doit continuer à lui être versée par l'administration. À l'issue de ce délai, l'agent

⁹² À ce titre, il convient de distinguer le statut général de la fonction publique (Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174) des statuts spécifiques adoptés pour chacune des trois fonctions publiques : la fonction publique d'état (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), la fonction publique hospitalière (Loi n°86-33 du 9 janvier 1986 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière. *JORF*, 11 janvier 1986, p. 535), et la fonction publique territoriale (Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441).

⁹³ En ce sens, outre les développements ultérieurs de la présente thèse, voir notamment : RICHARD Jacky. « Le métier est-il soluble dans le statut général ? ». *CFP*, 2013, n°329, pp. 34-36.

est pris en charge soit par le centre de gestion dans le ressort duquel se trouve la collectivité ou l'établissement, soit par le centre national de la fonction publique territoriale⁹⁴. Là encore, les conséquences financières sont importantes puisqu'une contribution doit alors être versée au centre de gestion ou au centre national de la fonction publique territoriale⁹⁵. L'ensemble des traitements et compensations alors versés l'est à pure perte pour l'administration puisqu'aucun travail, aucune contrepartie, ne lui est fourni. Dès lors, nous comprenons tout à fait que le recrutement d'un agent statutaire pour occuper un emploi non permanent n'est pas à même de satisfaire au mieux les besoins des administrations territoriales. Si le besoin de l'administration est temporaire, le recrutement visant à le satisfaire doit pouvoir l'être tout autant. Or, le recrutement statutaire est par principe pérenne. C'est dans cette optique que le législateur a spécifiquement exclu les emplois non permanents du champ de l'obligation de recrutement statutaire. Il est donc tout à fait possible, pour une administration territoriale, de recruter un agent contractuel afin d'occuper un emploi non permanent. Il s'agit même là d'une nécessité pratique.

Un tel mécanisme est tout à fait comparable à celui prévu par le code du travail, qui ouvre également la possibilité aux employeurs privés de recourir à des agents recrutés pour une durée limitée si le besoin à satisfaire l'est également⁹⁶. Le droit du travail considère en

⁹⁴ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 97 : « Dès lors qu'un emploi est susceptible d'être supprimé, l'autorité territoriale recherche les possibilités de reclassement du fonctionnaire concerné (...) Si la collectivité ou l'établissement ne peut lui offrir un emploi correspondant à son grade dans son cadre d'emplois ou, avec son accord, dans un autre cadre d'emplois, le fonctionnaire est maintenu en surnombre pendant un an (...) Au terme de ce délai, le fonctionnaire est pris en charge par le centre de gestion dans le ressort duquel se trouve la collectivité ou l'établissement, ou par le Centre national de la fonction publique territoriale s'il relève de l'un des cadres d'emplois de catégorie A auxquels renvoie l'article 45 (...) ».

⁹⁵ Ibidem, article 97 bis : « Le Centre national de la fonction publique territoriale ou le centre de gestion qui prend en charge un fonctionnaire dont l'emploi a été supprimé ou qui se trouve dans la situation prévue au troisième alinéa des articles 67 et 72 bénéficie d'une contribution de la collectivité ou de l'établissement qui employait l'intéressé antérieurement. Cette contribution est versée dans les conditions prévues au présent article. / Pour les collectivités ou établissements affiliés soit obligatoirement, soit volontairement depuis au moins trois ans à la date de suppression de l'emploi, cette contribution est égale pendant les deux premières années à une fois et demie le montant constitué par les traitements bruts versés au fonctionnaire augmentés des cotisations sociales afférentes à ces traitements. Elle est égale à une fois ce montant, pendant la troisième année, et aux trois quarts de ce montant au-delà des trois premières années. / Pour les autres collectivités et établissements, cette contribution est égale, pendant les deux premières années, à deux fois le montant constitué par les éléments définis à l'alinéa ci-dessus. Elle est égale à ce montant pendant les deux années suivantes et aux trois quarts du même montant au-delà des quatre premières années ».

⁹⁶ En ce sens, il convient de se référer aux dispositions de l'article L1242-2 du code du travail, qui prévoit les différents cas de recrutements possibles par contrat à durée déterminée, et notamment l'accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise et les emplois à caractère saisonnier.

effet lui aussi qu'un emploi non permanent est par principe occupé par un salarié recruté temporairement⁹⁷.

Si le législateur avait institué une obligation de recrutement statutaire pour les emplois non permanents, de nombreuses difficultés de gestion se seraient présentées. Ainsi, il aurait été difficile d'échapper à certains écueils. En effet, comment justifier un emploi pérenne si la mission n'est que temporaire ? Cela aboutirait à employer en permanence un agent à qui l'on ne fournirait que sporadiquement des tâches à accomplir. Comment dès lors justifier l'engagement de dépenses de personnel sans qu'aucun travail ne soit délivré en contrepartie ?

Il convient toutefois de noter que rien n'interdit à l'administration de recruter un fonctionnaire sur un emploi non permanent, même si cela ne nous semble pas relever d'un usage courant eu égard aux difficultés sus-évoquées.

Si les emplois non permanents sont quasi-intégralement pourvus par des agents contractuels, c'est donc dans un souci pragmatique de bonne gestion des ressources humaines. Cela démontre néanmoins que le recrutement statutaire n'est pas seul à même de satisfaire l'ensemble des besoins des administrations territoriales.

En tout état de cause, les cas de recrutement contractuel sur des emplois non permanents sont restreints et méritent d'être évoqués.

§2 – Les hypothèses limitées d'emplois non permanents occupés par des agents contractuels :

L'administration peut recruter un agent par voie contractuelle afin de pourvoir ses emplois non permanents. Principalement, il s'agit des emplois saisonniers ou liés à un besoin occasionnel (A) et des collaborateurs de cabinet (B).

⁹⁷ Une analyse a contrario des dispositions de l'article L1242-1 du code du travail nous permet de l'affirmer. Pour mémoire, cet article précise que : « un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise ». Un contrat de travail à durée déterminée peut donc avoir pour objet de pourvoir temporairement un emploi lié à l'activité non permanente de l'entreprise. Par conséquent, l'objet du contrat à durée déterminée est d'occuper un emploi non permanent de l'employeur privé.

A. Les recrutements contractuels sur emplois saisonniers ou liés à un besoin occasionnel :

Au titre des emplois non permanents des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, il convient de citer les emplois saisonniers ou liés à un besoin occasionnel. S'agissant d'emplois non permanents, ils sont par principe occupés par des agents recrutés par voie contractuelle.

Ces possibilités de recrutement ont été prévues, dès l'origine, au sein de l'article 3 alinéa 2 du statut de la fonction publique territoriale⁹⁸. Ainsi, il est précisé que : « [les] collectivités territoriales et établissements peuvent (...) recruter des agents non titulaires pour exercer des fonctions correspondant à un besoin saisonnier pour une durée maximale de six mois pendant une même période de douze mois et conclure pour une période maximale de trois mois, renouvelable une seule fois à titre exceptionnel, des contrats pour faire face à un besoin occasionnel ».

Ces dispositions resteront inchangées jusqu'à l'intervention de la loi du 12 mars 2012⁹⁹. Son article 40 apporte quelques modifications à la rédaction de l'article 3 du statut de la fonction publique territoriale¹⁰⁰ concernant le surcroît temporaire d'activité. Aucune modification n'est apportée concernant les emplois saisonniers. Désormais, il est possible de recruter un agent contractuel pour une durée maximale de douze mois – et non plus trois, voire six exceptionnellement – sur une période globale de dix-huit mois consécutifs en cas de surcroît temporaire d'activité. Il s'agit là d'une évolution particulièrement notable car, d'une part, la nécessité de justifier du renouvellement du contrat de l'agent pour toute durée supérieure à trois mois est supprimée ; d'autre part, la durée maximale de recrutement est doublée.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ 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. L'article 40 de cette loi vient modifier les conditions de durée des contrats conclus afin de pourvoir des besoins saisonniers ou faire face à un surcroît temporaire d'activité.

¹⁰⁰ Ibidem.

Ces dispositions n'ont pas donné lieu à une quelconque jurisprudence notable. Toutefois, il nous semble nécessaire de relever une difficulté d'interprétation susceptible de se présenter : la différence entre un besoin saisonnier et un besoin occasionnel. Il nous est néanmoins légitimement possible de déduire des dispositions précitées que « *le premier revêt un caractère régulier (le cas des communes touristiques, par exemple) alors que le second correspond à un besoin non prévisible qui n'est pas susceptible de se renouveler de façon régulière*¹⁰¹ ».

B. Les collaborateurs de cabinet :

Les collaborateurs de cabinet, dont l'existence est prévue par l'article 110 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984¹⁰², sont des agents publics particuliers, affectés au cabinet de l'exécutif de l'administration territoriale. Les emplois occupés par ces agents sont également des emplois non permanents¹⁰³. Fort logiquement – et par voie de conséquence – les collaborateurs de cabinet sont par principe recrutés par voie contractuelle.

En l'absence de toute définition légale précise de ces emplois particuliers, il convient de se référer à la jurisprudence, qui a défini plusieurs critères cumulatifs permettant leur identification.

Ainsi, les collaborateurs de cabinet doivent être « *recrutés et nommés directement par l'autorité locale ou, sur délégation, par un de ses proches collaborateurs, sur des crédits affectés à cet effet*¹⁰⁴ ». Concernant leurs fonctions, celles-ci ne doivent pas leur permettre « *d'être regardés comme intégrés à la hiérarchie des administrations de la collectivité concernée*¹⁰⁵ ». Cela suppose de l'agent ainsi recruté « *un engagement personnel et déclaré au service des principes et objectifs guidant leur action politique, auquel le principe de*

¹⁰¹ RENARD Pierre. « Les agents non titulaires des collectivités locales ». *AJFP*, 1997, n°2, p. 45.

¹⁰² Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

¹⁰³ En ce sens, voir notamment : Rép. min. à la QE n°26124. *JOS (Q.)*, 29 mars 2007, p. 693.

¹⁰⁴ En ce sens, voir notamment : CAA Paris, 27 novembre 2013, *Ville de Paris*, n°03PA01312.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

*neutralité des fonctionnaires et agents publics dans l'exercice de leurs fonctions fait normalement obstacle*¹⁰⁶ » ainsi qu'une « *relation de confiance personnelle d'une nature différente de celle résultant de la subordination hiérarchique du fonctionnaire à l'égard de son supérieur*¹⁰⁷ ». Les fonctions de ces agents doivent donc, fort logiquement, « *prendre fin, au plus tard, en même temps que le mandat de l'autorité qui les a recrutés*¹⁰⁸ ».

Sur la base de cette définition jurisprudentielle, le Conseil d'État a opéré une distinction entre les collaborateurs de cabinet et les agents d'exécution tels que « *maître d'hôtel, secrétaire (autre que de direction), sténodactylo, standardiste, cuisinier, agent de sécurité, chauffeur, planton, personnel de service, hôtesse, aide cuisinier ou serveur*¹⁰⁹ ». Par ailleurs, le Conseil Constitutionnel a précisé au sein de sa décision n°83-168 du 20 janvier 1984¹¹⁰ que l'existence des collaborateurs de cabinet répond à l'obligation constitutionnelle de libre administration des collectivités territoriales¹¹¹.

Ces agents particuliers des collectivités territoriales, qui occupent des emplois non permanents, voient leur situation juridique régie par le décret n°87-1004 du 16 décembre 1987¹¹². La distinction entre ces emplois de cabinet, prévus par l'article 110 de la loi n°84-53¹¹³, et les emplois fonctionnels, prévus par l'article 47 de cette même loi¹¹⁴, est ténue. On notera toutefois le caractère bien plus politique des emplois de cabinet, dont le rôle est de « *conseiller l'élu local dans les choix politiques et les arbitrages à arrêter pour la conduite des affaires de la collectivité [ainsi que de faire] office de courroie de transmission et de relais entre les élus et l'administration*¹¹⁵ ». Les missions exercées par les collaborateurs de

¹⁰⁶ CE, 30 décembre 2009, *Gouvernement Polynésie française*, n°324565. *Leb.*, 2009, tables, p. 796. *JCP A*, 2001, 2345, note D. Jean-Pierre.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ CAA Paris, 27 novembre 2013, *Ville de Paris*, n°03PA01312.

¹⁰⁹ CE, 26 janvier 2011, *Assemblée Polynésie française*, n°329237.

¹¹⁰ Cons. Const., 20 janvier 1984, n°83-168 DC. *JORF*, 21 janvier 1984. *Rec.*, 1984, I, p. 180. Considérants n°18 et 19.

¹¹¹ Article 72 de la constitution du 4 octobre 1958.

¹¹² Décret n°87-1004 du 16 décembre 1987 relatif aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales. *JORF*, 17 décembre 1987, p. 14688.

¹¹³ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ JEAN-PIERRE Didier. « Les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales ». *JCP A*, 2004, n°28, p. 956.

cabinet ne sont ainsi ni totalement politiques, ni totalement administratives, « *sans que l'on puisse de manière certaine ranger [leurs] différentes missions définitivement dans l'une ou l'autre des deux catégories*¹¹⁶ », contrairement aux tâches effectuées par les agents sur des emplois fonctionnels qui ont une connotation nettement plus administrative¹¹⁷.

En tout état de cause, il s'agit là d'emplois « *pour lesquels la nomination n'a pas lieu conformément aux principes généraux du droit de la fonction publique, c'est-à-dire à la suite d'un concours. Au contraire, ce sont des emplois donnant lieu à une désignation discrétionnaire par l'autorité exécutive locale*¹¹⁸ ». C'est ainsi fort logiquement que « *l'autorité territoriale peut, pour former son cabinet, librement recruter un ou plusieurs collaborateurs et mettre librement fin à leurs fonctions*¹¹⁹ ».

Ce cas de recrutement contractuel s'explique une nouvelle fois par l'impossibilité du statut à s'adapter aux contingences particulières de certains types d'emplois. Là encore, c'est uniquement sur la base d'un détachement qu'un recrutement statutaire pourrait être mis en œuvre.

Les recrutements contractuels sur emplois non permanents répondent par conséquent à une nécessité pratique. Ces recrutements étant destinés à répondre à des besoins par essence temporaires, ils s'avèrent difficiles à concilier avec un recrutement statutaire.

En conséquence, les recrutements contractuels sur des emplois non permanents répondent bel et bien à une nécessité pratique. Le contrat, en l'espèce, permet d'assurer le fonctionnement normal des institutions.

¹¹⁶ Ibidem.

¹¹⁷ En ce sens, voir notamment : PELLETIER Pascale, MARILLIA Georges-Daniel. *Les agents non titulaires des trois fonctions publiques*. Paris : Éditions Berger-Levrault, 4^e édition, 2007. 286 p. p. 65.

¹¹⁸ ALCARAZ Hubert. « Les emplois à la jonction du politique et de l'administratif dans la fonction publique territoriale ». *RFDA*, 2008, p. 147.

¹¹⁹ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 110, alinéa 1.

SECTION II – Les insuffisances pratiques du recrutement statutaire sur emplois permanents justifiant le recours aux recrutements contractuels :

Les administrations territoriales peuvent également recruter par voie contractuelle sur des emplois permanents. Toutefois, de tels recrutements sont par nature strictement encadrés puisque dérogatoires au principe posé par l'article 3 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983¹²⁰. Il s'agit là de véritables brèches au principe du recrutement statutaire. Ces cas de figure nous mènent au demeurant à observer que le fonctionnariat n'est pas indispensable à l'exercice des emplois permanents des administrations territoriales, ce qui n'est pas sans rappeler la conception européenne de la fonction publique que nous évoquerons ultérieurement¹²¹.

Afin d'étudier en détail ces cas de recrutements contractuels sur des emplois permanents, il est possible d'effectuer une distinction entre les emplois classiques (§1) – c'est à dire les emplois administratifs sans spécificité particulière – et les emplois à connotation politique : les emplois fonctionnels (§2).

§1 – Les recrutements contractuels sur emplois permanents classiques :

Les emplois permanents classiques – les emplois administratifs permanents sans spécificité particulière – peuvent être occupés par des agents contractuels. Dès sa rédaction initiale, la loi n°84-53 du 26 janvier 1984¹²² prévoyait, au sein de son article 3, la possibilité pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics de recruter des agents contractuels sur des emplois permanents. Toutefois, l'esprit initial du statut était de limiter ce type de recrutement, et ce afin de respecter le principe du recrutement statutaire. C'est la raison pour laquelle les cas d'ouverture du recrutement contractuel ont été qualifiés par

¹²⁰ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174.

¹²¹ En ce sens, voir partie II de la présente thèse.

¹²² Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

Marcel POCHARD de « *porte étroite aux collectivités territoriales pour recruter des agents non titulaires en vue d'occuper des emplois permanents*¹²³ ».

Toutefois, il convient de noter qu'au fil du temps, le législateur a ajouté de nombreuses exceptions au principe du recrutement statutaire, conduisant fort logiquement à « *la prolifération durable dans l'administration (...) de contractuels à durée déterminée*¹²⁴ ». Ce faisant, le législateur a progressivement admis que le statut n'était pas à même de satisfaire à l'ensemble des besoins des collectivités territoriales.

Deux cas distincts de recrutement contractuel sur des emplois permanents classiques peuvent être identifiés : les cas de recrutement liés aux aléas du fonctionnement des services (A) et les cas liés aux lourdeurs et lacunes du statut (B).

A. Les aléas du fonctionnement des services justifiant un recrutement contractuel :

Les aléas du fonctionnement des services ont été considérés par le législateur comme justifiant le recours aux agents contractuels sur des emplois permanents dans deux cas distincts : lorsque le fonctionnaire qui occupe cet emploi est momentanément absent (1) et lorsque les besoins du service ou la nature des fonctions le justifient (2).

1. Le recrutement contractuel pour remplacer un fonctionnaire momentanément absent :

Pour le cas où un fonctionnaire titulaire, occupant un emploi permanent, serait momentanément absent, l'administration dispose de la faculté de procéder à son remplacement par le recrutement d'un agent contractuel. Ce cas d'ouverture du recrutement

¹²³ CE, 8 juillet 1991, *Commune d'Igny contre M. Frat*, n°81700. RFDA, 1992, p. 110, concl. M. Pochard.

¹²⁴ Conseil d'État. *Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*. Paris : La Documentation française, 2003, 448 p. p. 258.

contractuel n'a subi aucun remaniement profond depuis l'adoption du statut de la fonction publique territoriale. Toutefois, son contenu a fait l'objet de précisions tant jurisprudentielles que législatives qui méritent son étude détaillée.

Ainsi, dans sa rédaction initiale, l'article 3 alinéa 1 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984¹²⁵, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, précise que : « *les collectivités et établissements mentionnés à l'article 2 (...) peuvent recruter des agents non titulaires pour occuper des emplois permanents (...) pour assurer le remplacement momentané de titulaires autorisés à exercer leur fonction à temps partiel ou indisponibles en raison d'un congé de maladie, d'un congé de maternité ou d'un congé parental, ou de l'accomplissement du service national, du rappel ou du maintien sous les drapeaux* ».

En cas d'absence partielle ou totale mais temporaire du fonctionnaire, le régime juridique alors applicable est des plus clair. Dans ce cas de figure, et même si cela n'est pas explicitement précisé, la durée de recrutement d'un agent contractuel ne pourrait sérieusement être supérieure à celle de l'empêchement du fonctionnaire. Le juge administratif a d'ailleurs veillé au parfait respect de ce principe, censurant systématiquement les recrutements en réalité pérennes¹²⁶.

Ces dispositions resteront inchangées jusqu'à la loi n°2009-972 du 3 août 2009¹²⁷. Les modifications apportées sont alors particulièrement mineures, le principe de cette dérogation au recrutement statutaire étant préservé. Il est uniquement ajouté que désormais, outre le congé parental, le congé de présence parentale d'un fonctionnaire ou encore le service civil ou national permettent le recrutement d'un agent contractuel. Enfin, est ajoutée la possibilité de recourir à un recrutement contractuel lorsque le fonctionnaire absent l'est en raison d'une

¹²⁵ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

¹²⁶ En ce sens, voir notamment : CE, 8 juillet 1991, *Commune d'Igny contre M. Frat*, n°81700. *RFDA*, 1992, p. 110, concl. M. Pochard.

¹²⁷ Loi n°2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique. *JORF*, 06 août 2009, p. 13116. Article 20, II : « II. - *Le premier alinéa de l'article 3 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 précitée est ainsi modifié : 1° Les mots : « de titulaires » sont remplacés par les mots : « de fonctionnaires » ; 2° Les mots : « ou d'un congé parental » sont remplacés par les mots : «, d'un congé parental ou d'un congé de présence parentale » ; 3° Après les mots : « l'accomplissement du service », sont insérés les mots : « civil ou » ; 4° Après les mots : « sous les drapeaux », sont insérés les mots : «, de leur participation à des activités dans le cadre de l'une des réserves mentionnées à l'article 74 » ».*

activité s'inscrivant « dans le cadre d'une des réserves mentionnées à l'article 74¹²⁸ » soit, en d'autres termes, des activités dans la réserve de sécurité civile ou dans la réserve sanitaire.

Enfin, la loi n°2012-347 du 12 mars 2012¹²⁹ déplace ces dispositions qui sont désormais contenues au sein de l'article 3-1 du statut de la fonction publique territoriale¹³⁰. Également, outre quelques reformulations, il convient de noter que cette loi élargit les possibilités de recrutement d'un agent contractuel à de nouveaux cas d'absence de l'agent titulaire : le congé de solidarité familiale, le congé pour adoption et, enfin, « *tout autre congé régulièrement octroyé en application des dispositions réglementaires applicables aux agents contractuels de la fonction publique territoriale* ». Enfin, ce qui nous semblait relever auparavant du bon sens est désormais précisé au sein du statut de la fonction publique territoriale : « *les contrats établis sur le fondement du premier alinéa sont conclus pour une durée déterminée et renouvelés, par décision expresse, dans la limite de la durée de l'absence du fonctionnaire ou de l'agent contractuel à remplacer. Ils peuvent prendre effet avant le départ de cet agent*¹³¹ ».

En outre, l'arrêt rendu le 2 décembre 2003 par la Cour Administrative d'Appel de Douai¹³² mérite d'être évoqué puisqu'il démontre que même en présence d'un texte particulièrement clair et précis, comme c'est ici le cas, les collectivités territoriales ne manquent pas d'audace pour tenter d'en détourner la finalité. En l'espèce, la Communauté Urbaine de Lille avait procédé au recrutement d'un agent contractuel. Celui-ci était rémunéré grâce aux fractions d'emplois budgétaires dégagées par les autorisations de travail à temps partiel accordées à certains personnels titulaires. Sur la seule base de l'origine de ce financement, la collectivité territoriale avait entendu se prévaloir des dispositions lui

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ 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.

¹³⁰ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

¹³¹ 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. L'article 41 de cette loi est venue ajouter les nouvelles dispositions citées, qui sont désormais intégrées au sein de l'article 3-1 alinéa 2 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984.

¹³² CAA Douai, 2 décembre 2003, *Communauté urbaine de Lille*, n°01DA00943. *AJFP*, 2004, p. 163, concl. J. Michel.

permettant de recruter un agent contractuel pour remplacer momentanément un fonctionnaire autorisé à exercer ses fonctions à temps partiel.

Ce raisonnement fût évidemment censuré, tant par le Tribunal Administratif que par la Cour Administrative d'Appel¹³³.

En tout état de cause, cette exception au principe du recrutement statutaire sur les emplois permanents traduit une nouvelle fois l'impossibilité, pour le statut, de répondre à l'intégralité des besoins des administrations territoriales.

2. Le recrutement contractuel lorsque les besoins des services ou la nature des fonctions le justifient :

Lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient, une exception au principe du recrutement statutaire est également envisagée.

Dès sa rédaction initiale, la loi n°84-53 prévoyait une telle exception en son article 3¹³⁴ : « *des emplois permanents peuvent être occupés par des agents contractuels pour exercer des fonctions nécessitant des connaissances techniques hautement spécialisées. Ces agents sont recrutés dans ces emplois par des contrats d'une durée maximale de trois ans, renouvelables une fois pour une même période* ». Cela s'explique aisément par l'héritage historique évoqué en introduction de la présente thèse, et notamment par les difficultés rencontrées, dès le milieu du XIXe siècle, pour recruter « *un spécialiste du chiffrage des correspondances [ou encore des] personnels scientifiques pour les laboratoires de l'État*¹³⁵ ».

¹³³ CAA Douai, 2 décembre 2003, *Communauté urbaine de Lille*, n°01DA00943. *AJFP*, 2004, p. 163, concl. J. Michel.

¹³⁴ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

¹³⁵ PELLETIER Pascale, MARILLIA Georges-Daniel. *Les agents non titulaires des trois fonctions publiques*. Paris : Éditions Berger-Levrault, 4^e édition, 2007. 286 p. pp. 13-14.

L'article 6 de la loi Galland du 13 juillet 1987¹³⁶ reformule cette exception, en opérant un renvoi vers les dispositions de l'article 4 du statut de la fonction publique d'état dans sa rédaction alors en vigueur : « *par dérogation au principe énoncé à l'article 3 du titre Ier du statut général, des agents contractuels peuvent être recrutés (...) pour les emplois du niveau de la catégorie A (...) lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient / Les agents ainsi recrutés sont engagés par des contrats d'une durée maximale de trois ans qui ne peuvent être renouvelés que par reconduction expresse* ¹³⁷ ». Deux remarques peuvent être faites sur cette évolution législative.

Tout d'abord, il est possible de noter que toute référence à des connaissances techniques hautement spécialisées a disparu, pour être remplacée par deux critères alternatifs : les besoins du service ou la nature des fonctions. Même s'ils ne sont limités qu'aux emplois de la catégorie A, ces deux critères nous semblent beaucoup moins restrictifs qu'auparavant. Marcel POCHARD, dans ses conclusions présentées à l'occasion de l'arrêt *Commune de Blagnac*¹³⁸, remarquait d'ailleurs que : « *la notion de nature des fonctions (...) nous paraît incontestablement renvoyer à l'ancienne possibilité de recruter des contractuels pour occuper des emplois nécessitant des connaissances techniques hautement spécialisées. Beaucoup plus délicate est la notion de besoins du service (...) Dans le silence de la loi, deux conceptions du besoin du service peuvent servir de fondement au contrôle du juge : / une conception minimale limitant le contrôle du juge à l'existence réelle ou concrète d'un besoin de recrutement et permettant dès lors tout au plus d'écarter les recrutements de contractuels dans les cas où la collectivité n'a aucune compétence dans la matière considérée ; / une conception plus exigeante débouchant sur l'obligation pour la collectivité de faire apparaître des raisons particulières de recours à un contractuel. Seule la seconde solution nous paraît praticable car permettant une combinaison des deux lois de 1983 et de 1987, c'est-à-dire gardant un sens au principe posé par la loi et qui n'a pas été abrogé*¹³⁹ ». La jurisprudence ultérieure lui donnera incontestablement raison¹⁴⁰.

¹³⁶ Loi n°87-529 du 13 juillet 1987 dite Galland modifiant les dispositions relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 16 juillet 1987, p. 7918.

¹³⁷ 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 4.

¹³⁸ CE, 11 mars 1992, *Commune de Blagnac*, n°122392. *AJDA*, 1992, p. 522, concl. M. Pochard.

¹³⁹ POCHARD Marcel. « Conclusions sur l'arrêt CE, 11 mars 1992, *Commune de Blagnac*, n°122392 ». *AJDA*, 1992, p. 522.

¹⁴⁰ En ce sens, voir notamment : CE, 20 octobre 1996, *Département de l'Essonne*, n°137265.

Ensuite, nous ne pouvons que remarquer que les contrats ainsi conclus peuvent être indéfiniment renouvelés. La loi Galland¹⁴¹ a donc ouvert une très large brèche au sein du principe du recrutement statutaire, en élargissant ce cas de recrutement contractuel ainsi que ses modalités de renouvellement, désormais illimitées. Cette loi, pourtant adoptée moins de deux ans après le statut de la fonction publique territoriale, est constitutive d'un terrible constat : l'inadaptation du statut de la fonction publique territoriale à l'ensemble des missions relevant de la compétence des administrations territoriales.

Par la suite, la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005¹⁴² modifie la durée des contrats successifs, qui ne peut désormais plus excéder six ans¹⁴³. La loi n°2012-347 du 12 mars 2012¹⁴⁴ n'a pas modifié ces dispositions, désormais prévues par l'article 3-3 du statut de la fonction publique territoriale.

Il convient désormais de s'attarder sur l'interprétation jurisprudentielle de cette exception. Le juge administratif, dans le silence de la loi, en a défini précisément le contour.

Tout d'abord, il convient de noter que l'applicabilité de cette exception n'est pas limitée à « *l'absence d'un corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes*¹⁴⁵ » - autre exception expressément prévue par les textes, que nous étudierons ultérieurement. Il revient toutefois à la collectivité ayant recruté l'agent contractuel d'apporter la preuve de la nécessité de ce recrutement, et de l'impossibilité de pourvoir ce

¹⁴¹ Loi n°87-529 du 13 juillet 1987 dite Galland modifiant les dispositions relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 16 juillet 1987, p. 7918.

¹⁴² Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183.

¹⁴³ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 3, alinéa 7, dans sa rédaction issue de la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 : « *Ces contrats sont renouvelables, par reconduction expresse. La durée des contrats successifs ne peut excéder six ans* ».

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ Voir en ce sens, notamment : CE, 29 décembre 1995, *Préfet du Val d'Oise contre Commune de Bezons*, n°118654. *Leb.*, p. 476 ; CE, 20 mars 1996, *OPHLM de la Communauté Urbaine du Mans*, n°152651 ; CE, 7 juillet 1997, *Service Départemental d'Incendie et de Secours de la Haute-Corse contre Préfet de la Haute-Corse*, n°153401 ; CE, 15 octobre 1999, *Ministre de l'Intérieur contre Commune de Savigny-le-Temple*, n°196548. *Leb.*, p. 309 ; CAA Bordeaux, 14 septembre 2004, *Syndicat des agents Force Ouvrière du Département de Charente-Maritime*, n°01BX00629. *BJCL*, 2004, n°10, pp. 717-722, concl. J. L. Auby.

poste par voie statutaire¹⁴⁶. Également, dès la rédaction du contrat, l'administration doit nécessairement viser avec précision l'exception au recrutement statutaire par laquelle elle entend justifier la conclusion du contrat : toute substitution de base légale ultérieure est en effet impossible¹⁴⁷. Ces principes posés, il convient de noter que le critère induit par cette exception est alternatif : soit la nature des fonctions, soit les besoins du service sont susceptibles de justifier le recours à un agent contractuel. Il s'agit de la raison pour laquelle ces deux critères alternatifs seront étudiés successivement.

Concernant les recrutements contractuels effectués en raison de la nature des fonctions exercées, la jurisprudence est particulièrement abondante. Les collectivités doivent, pour qu'un tel recrutement soit valable, justifier que les tâches confiées à l'agent contractuel nécessitent une expérience professionnelle et une technicité que seule la personne recrutée est susceptible de combiner. Ainsi, le recrutement d'un « *informaticien chargé de la formation, de l'assistance et du développement en micro-informatique* » a pu être effectué par voie contractuelle¹⁴⁸. Le raisonnement a été identique pour un « *informaticien, chef de projet, chargé de la mise en place d'un système informatique propre à la direction des affaires sanitaires et sociales*¹⁴⁹ ». Il en va de même pour un chargé de mission « *en matière de sécurité et de prévention de la délinquance ayant pour attributions les études et le suivi des actions des services pour la mise en œuvre des pouvoirs de police du maire, les études des mesures relatives à la prévention de la délinquance, l'évaluation des résultats des actions conduites sur le terrain, les établissements recevant du public, la formation des personnels*¹⁵⁰ ».

Se pose toutefois toujours la question de la définition des « *besoins du service* » justifiant le recours à un agent contractuel. Ceux-ci peuvent être matérialisés par l'absence de toute candidature pertinente d'un agent statutaire à un poste déclaré vacant par la collectivité¹⁵¹. Toutefois, les juges examinent avec beaucoup d'attention les candidatures

¹⁴⁶ En ce sens, voir notamment : CE, 20 octobre 1996, *Département de l'Essonne*, n°137265.

¹⁴⁷ CAA Douai, 3 juillet 2013, *Commune de Lille*, n°12DA01781. *JCP A*, 2013, n°37, act. 730.

¹⁴⁸ CE, 14 novembre 1997, *Commune de Savigny-le-Temple*, n°167675.

¹⁴⁹ CAA Paris, 3 mars 1998, *Département du Val de Marne*, n°95PA01549.

¹⁵⁰ CAA Marseille, 4 juin 1998, *Union syndicale professionnelle des policiers municipaux*, n°96MA11707. *AJFP*, 1999, n°1, p.10, note J. Mekhantar.

¹⁵¹ En ce sens, voir notamment : CE, 29 décembre 1995, *Préfet du Val d'Oise contre Commune de Bezons*, n°118654. *Leb.*, p. 476. Ou encore : CE, 15 janvier 1997, *Commune de Wattrelos*, n°152937.

soumises à la collectivité territoriale, afin de s'assurer qu'aucune n'est susceptible de convenir aux besoins allégués¹⁵² et donc que le recrutement contractuel est justifié. En outre, et fort logiquement, si aucune candidature satisfaisante n'est parvenue à la collectivité, celle-ci doit pouvoir justifier qu'elle a laissé s'écouler un temps raisonnable entre la publication de la vacance du poste et le recrutement d'un agent contractuel¹⁵³. A fortiori, lorsqu'aucune publicité concernant la vacance du poste n'a été effectuée, les besoins du service ne peuvent que difficilement être établis : aucun fonctionnaire n'a en effet pu, de ce fait, postuler sur le poste libéré. La nécessité de recruter un agent contractuel n'est alors pas démontrée¹⁵⁴. Par ailleurs, la vacance de poste publiée doit être sincère et refléter l'exacte nature du poste en question pour permettre d'établir les besoins du service, et donc justifier le recrutement contractuel¹⁵⁵. Au surplus, les besoins du service ne sauraient être considérés comme justifiant un recrutement contractuel si aucun titulaire n'a postulé en raison d'une erreur commise dans la désignation du poste à pourvoir¹⁵⁶.

Les exemples jurisprudentiels où ni les besoins du service, ni la nature des fonctions n'ont permis de justifier le recrutement d'un agent contractuel sont nombreux. Par exemple, le recrutement d'un agent contractuel pour occuper le poste de chef de la police municipale a été censuré, aucune démarche de quelque sorte que ce soit, visant au recrutement d'un agent titulaire, n'ayant été engagée par la commune¹⁵⁷. Le recrutement contractuel d'un ingénieur territorial, à défaut de toute spécificité des missions lui étant confiées, a de la même manière été censuré¹⁵⁸. Il en est allé de même pour le renouvellement du contrat d'un agent, pour lequel les besoins du service ou encore la nature des fonctions n'avaient pas été réévalués à

¹⁵² En ce sens, voir notamment : TA Amiens, 7 mars 2006, *Syndicat CGT-FO des personnels du département de la Somme et de la région Picardie*, n°0300830. *AJDA*, 2006, p. 1235.

¹⁵³ En ce sens, voir notamment : CAA Nancy, 16 novembre 2006, *Communauté de communes de Verdun*, n°05NC00113. *RLCT*, 2007, n°21, pp. 37-38, obs. P. Tifine. Ou encore : TA Besançon, 4 octobre 2007, *Préfet du Jura*, n°0601847 et n°0601894. *AJFP*, 2008, p. 49.

¹⁵⁴ En ce sens, voir notamment : CAA Bordeaux, 25 octobre 2004, *SDIS de la Réunion*, n°01BX00012. *JCP A*, 2004, n°52, 1840.

¹⁵⁵ CAA Lyon, 19 décembre 2006, *Union Syndicale Professionnelle des Policiers Municipaux contre Commune de Saint-Fons*, n°02LY01463.

¹⁵⁶ CE, 17 décembre 2003, *Pierlot*, n°236036. *JCP A*, 2004, n°28, 1455, p. 953.

¹⁵⁷ CE, 13 avril 1992, *Union Syndicale Professionnelle des Policiers Municipaux contre Commune d'Asnières*, n°100969.

¹⁵⁸ CAA Nancy, 16 novembre 2006, *Communauté de communes de Verdun*, n°05NC00113. *RLCT*, 2007, n°21, pp. 37-38, obs. P. Tifine.

cette occasion¹⁵⁹. Fort logiquement, les collectivités doivent assurer la publicité de la vacance des postes avant chaque renouvellement de l'engagement d'un agent contractuel sans quoi les besoins du service ne seraient pas établis¹⁶⁰. Enfin, il a également été jugé que le poste de chef du service du développement agricole et rural à la direction de l'aménagement rural et de l'environnement d'un département ne correspondait pas à des fonctions dont la nature aurait rendu le recrutement d'un agent contractuel indispensable¹⁶¹.

Là encore, cette exception au principe du recrutement statutaire sur les emplois permanents constitue une brèche notable dans le dispositif statutaire mis en place pour la fonction publique territoriale. Les deux cas de recrutement contractuels que nous venons d'évoquer, liés aux aléas de fonctionnement du service, déstabilisent l'édifice statutaire de l'emploi public administratif territorial. En admettant que le statut n'est pas en mesure de répondre aux besoins courants des administrations territoriales, le législateur a ébranlé les fondations de cet emploi.

B. Les contraintes et lacunes du statut justifiant un recrutement contractuel :

Les emplois permanents des administrations territoriales peuvent être occupés par des agents contractuels dès lors que le statut s'avère lacunaire ou trop contraignant. Ainsi, un recrutement contractuel peut être choisi si la procédure de recrutement statutaire est trop contraignante pour être mise en œuvre rapidement (1). Nous évoquerons également le cas où il n'existe aucun cadre d'emploi de fonctionnaire pour assurer les fonctions correspondantes (2). Enfin, la mise en œuvre du statut est parfois difficile pour les administrations territoriales les moins importantes, ce qui les autorise à avoir recours à des recrutements contractuels sur des emplois permanents dans certains cas limitatifs (3).

Là encore, ces cas d'ouverture du recrutement contractuel traduisent un aveu d'échec du législateur qui a dû se résoudre à admettre les lacunes et contraintes du recrutement

¹⁵⁹ TA Lille, 27 janvier 1998, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, Préfet du Nord*, n°97-231. *AJFP*, 1998, p. 50, note P. Boutelet.

¹⁶⁰ CAA Paris, 3 mars 1998, *Département du Val-de-Marne*, n°95PA02186.

¹⁶¹ CAA Marseille, 11 décembre 2001, *Département du Gard*, n°98MA00718. *CMP*, 2002, n°4, comm. 93, comm. G. Eckert.

statutaire. Ne parvenant pas à adapter le statut aux besoins des administrations territoriales, le législateur a préféré introduire de nouvelles exceptions au principe du recrutement statutaire.

1. Le recrutement contractuel en cas d'impossibilité temporaire de pourvoir un poste dans les conditions fixées par le statut :

Lorsqu'un emploi ne peut être pourvu dans les conditions fixées par le statut, l'administration dispose de la faculté de procéder temporairement au recrutement d'un agent contractuel.

Cette exception au principe du recrutement statutaire sur emploi permanent diffère du recrutement contractuel motivé par les besoins du service ou la nature des fonctions. La présente exception n'est en effet pas motivée par la technicité de l'emploi ou les besoins très spécifiques du service, mais uniquement par l'impossibilité de pourvoir un poste dans les conditions fixées par le statut. Il s'agit là de la raison pour laquelle cette exception n'est pas limitée aux emplois de catégorie A, mais ouverte aux postes de tous niveaux.

Ainsi, dans sa rédaction initiale, l'article 3 alinéa 1 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984¹⁶², portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, précise que : « *les collectivités et établissements mentionnés à l'article 2 (...) peuvent recruter des agents non titulaires pour occuper des emplois permanents (...) 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 la présente loi* ».

Cette exception présente de nombreux risques d'abus, raison pour laquelle la durée de recrutement est spécifiquement limitée à une année non renouvelable.

Un tel abus a notamment été constaté par la Cour Administrative d'Appel de Douai au sein d'un arrêt rendu le 3 juillet 2013¹⁶³. En l'espèce, une collectivité territoriale avait justifié le recrutement d'un agent contractuel par l'impossibilité temporaire de pourvoir l'emploi en

¹⁶² Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

¹⁶³ CAA Douai, 3 juillet 2013, *Commune de Lille*, n°12DA01781. *JCP A*, 2013, n°37, act. 730.

question par un agent titulaire. Cependant, les juges ont relevé que l'administration avait déclaré la vacance du poste puis reçu en entretien 11 agents titulaires ou lauréats de concours. Considérant qu'aucun de ces agents n'avait le profil nécessaire pour occuper le poste, l'administration a cru pouvoir justifier le recrutement d'un agent contractuel sur la base du 1^{er} alinéa de l'article 3 du statut¹⁶⁴ dans sa rédaction antérieure à la loi du 12 mars 2012¹⁶⁵. Le préfet a alors entendu exercer son contrôle de légalité, et a déféré ce recrutement au Tribunal Administratif. C'est à cette occasion que, semble-t-il, la collectivité territoriale a pris conscience de l'erreur de droit ainsi commise. En effet, le premier alinéa de l'article 3, censé justifier ce recrutement, n'est applicable que lorsque la procédure de recrutement s'est révélée infructueuse. Or, tel n'était pas le cas : une vacance de poste avait été publiée, des candidats aux qualifications et à l'expérience suffisantes pour le poste auditionnés. La collectivité a alors, en cours d'instance, tenté d'opérer une substitution de base légale, justifiant ce recrutement par la technicité de l'emploi et les besoins du service. Les juges n'ont cependant pas accepté cette tentative de substitution de base légale.

Par cet arrêt, les juges ont pu préciser à nouveau les limites de cette exception au principe du recrutement statutaire : il s'agit uniquement de la possibilité pour l'administration de recruter un agent contractuel le temps de prendre les mesures nécessaires à l'organisation d'un nouveau recrutement conforme aux dispositions de l'article 41 de la loi n°84-53¹⁶⁶.

La loi n°2012-347 du 12 mars 2012¹⁶⁷ est venue apporter des modifications à cette exception, dont elle a déplacé les dispositions au sein de l'article 3-2 du statut de la fonction publique territoriale¹⁶⁸. Cette loi a apporté une première précision concernant la procédure

¹⁶⁴ Ibidem.

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ Ibidem, article 41, dans sa rédaction initiale : « *Lorsqu'un emploi est créé ou devient vacant, l'autorité territoriale en informe le centre de gestion compétent qui assure la publicité de cette création ou de cette vacance. / La liste des fonctionnaires qui se sont déclarés candidats est communiquée à la commission administrative paritaire du corps. / L'autorité territoriale peut pourvoir cet emploi en nommant l'un des candidats par voie de mutation, de détachement ou d'intégration directe. / Lorsqu'aucun candidat ne s'est déclaré dans un délai de deux mois à compter de la publicité de la création ou de la vacance, ou lorsqu'aucun candidat n'a été nommé dans un délai de trois mois à compter de cette publicité, l'emploi ne peut être pourvu que par la voie d'un concours en application des articles 42 et suivants ou par promotion interne en application de l'article 39* ».

¹⁶⁷ 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.

¹⁶⁸ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Dans sa rédaction issue de la loi n°2012-347 du 12 mars 2012,

devant être suivie. En effet, il est désormais clairement précisé que l'agent contractuel ne peut être recruté que lorsque le centre de gestion compétent a été informé de la vacance du poste, conformément aux dispositions de l'article 41 du statut. Concernant la durée du recrutement initial, celle-ci est toujours fixée à 1 an.

Toutefois, il est désormais prévu de pouvoir renouveler une fois le contrat de l'agent, « *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*¹⁶⁹ ».

Par cette exception, le législateur a donc admis que les recrutements statutaires peuvent s'avérer particulièrement longs et complexes. Une nouvelle fois, il s'agit là d'un élément démontrant l'inadaptation du statut aux besoins quotidiens des administrations territoriales.

2. Le recrutement contractuel en l'absence de cadre d'emploi de fonctionnaire pour assurer les fonctions correspondantes :

Les administrations territoriales peuvent également, lorsqu'il n'existe aucun cadre d'emploi de fonctionnaire susceptible d'assurer les fonctions correspondantes, recruter des agents contractuels. Ce dispositif permet de pallier l'imprévision du statut, qui est alors dans l'incapacité d'assurer un recrutement correspondant aux besoins des employeurs territoriaux.

l'article 3-2 est rédigé de la sorte : « *Par dérogation au principe énoncé à l'article 3 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 précitée et pour les besoins de continuité du service, les emplois permanents des collectivités et établissements mentionnés à l'article 2 de la présente loi peuvent être occupés par des agents contractuels pour faire face à une vacance temporaire d'emploi dans l'attente du recrutement d'un fonctionnaire. / Le contrat est conclu pour une durée déterminée qui ne peut excéder un an. Il ne peut l'être que lorsque la communication requise à l'article 41 a été effectuée. / Sa durée peut être prolongée, 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* ».

¹⁶⁹ Ibidem.

Une telle possibilité n'a pas été prévue au sein de la rédaction initiale de la loi n°84-53¹⁷⁰. Ce n'est qu'avec l'intervention de la loi Galland du 13 juillet 1987¹⁷¹, et notamment son article 6, que cette possibilité sera ouverte aux administrations territoriales. Cette loi modifiera le troisième alinéa de l'article 3 du statut de la fonction publique territoriale, qui précise alors que : « *des emplois permanents peuvent être occupés par des agents contractuels dans les mêmes cas et selon les mêmes conditions de durée que ceux applicables aux agents de l'État*¹⁷² ». Il convenait alors de se référer aux dispositions de l'article 4 du statut de la fonction publique d'État, dans sa rédaction alors en vigueur : « *par dérogation au principe énoncé à l'article 3 du titre Ier du statut général, des agents contractuels peuvent être recrutés (...) lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes (...) / Les agents ainsi recrutés sont engagés par des contrats d'une durée maximale de trois ans qui ne peuvent être renouvelés que par reconduction expresse*¹⁷³ ».

Ce n'est qu'à la faveur de l'article 4 de la loi n°2005-843¹⁷⁴ que cessera toute rédaction par référence de cette exception au principe du recrutement statutaire. Seule la durée du renouvellement des contrats sera modifiée, ne pouvant désormais excéder une durée totale supérieure à six ans. Enfin, il convient de noter que la loi n°2012-347 du 12 mars 2012¹⁷⁵ a

¹⁷⁰ Ibidem.

¹⁷¹ Loi n°87-529 du 13 juillet 1987 dite Galland modifiant les dispositions relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 16 juillet 1987, p. 7918.

¹⁷² Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 3, alinéa 3, dans sa rédaction issue de la loi n°87-529.

¹⁷³ 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 4.

¹⁷⁴ Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183. L'article 4 de cette loi vient modifier l'alinéa 3 de l'article 3 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984. La nouvelle rédaction de cet article, dans ses dispositions qui nous intéressent en l'espèce : « *Par dérogation au principe énoncé à l'article 3 du titre Ier du statut général, des emplois permanents peuvent être occupés par des agents contractuels (...) lorsqu'il n'existe pas de cadre d'emplois de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes* ».

¹⁷⁵ 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. L'article 3-3 de la loi n°84-53, dans sa rédaction issue de cette loi, est libellé de la sorte : « *par dérogation au principe énoncé à l'article 3 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 (...) et sous réserve [des dispositions de l'article 34 de la présente loi, relatives à la procédure de création d'un emploi], des emplois permanents peuvent être occupés de manière permanente par des agents contractuels (...) lorsqu'il n'existe pas de cadre d'emplois de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes* ».

déplacé cette exception au sein d'un nouvel article 3-3 du statut de la fonction publique territoriale¹⁷⁶.

Ainsi, la possibilité de recruter un agent contractuel en l'absence de cadre d'emploi de fonctionnaire pour assurer les fonctions correspondantes est une exception au principe posé par l'article 3 de la loi n°84-634¹⁷⁷ dont les conditions d'application sont restées stables depuis son instauration par la loi Galland, le 13 juillet 1987¹⁷⁸.

Concernant cette exception, la jurisprudence a été particulièrement abondante, « *tant la tentation a parfois été forte pour l'autorité hiérarchique, parfois avec des motifs extrêmement respectables, de recourir à un contractuel plutôt qu'à un statutaire*¹⁷⁹ ». Ont ainsi été jugés illégaux les recrutements basés sur cette exception d'un analyste programmeur¹⁸⁰, d'un attaché de direction¹⁸¹, d'un coordonnateur du service jeunesse¹⁸² ou encore d'un responsable de police municipale¹⁸³ : ces emplois relèvent en effet du cadre des attachés territoriaux. Le recrutement d'un ingénieur méthode chargé de « *mettre à la disposition des différents services de la collectivité les effectifs de personnel et de cibler les titulaires des qualifications adéquates, nécessaires à la réalisation des objectifs et des missions de celle-ci*¹⁸⁴ » a également été jugé illégal, une telle mission pouvant tout à fait relever du cadre d'emploi des directeurs territoriaux.

Cette exception au principe du recrutement statutaire sur emploi permanent – dont on peine toutefois à trouver une illustration pratique admise par la jurisprudence – démontre une

¹⁷⁶ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

¹⁷⁷ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174.

¹⁷⁸ Loi n°87-529 du 13 juillet 1987 dite Galland modifiant les dispositions relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 16 juillet 1987, p. 7918.

¹⁷⁹ PELLETIER Pascale, MARILLIA Georges-Daniel. *Les agents non titulaires des trois fonctions publiques*. Paris : Éditions Berger-Levrault, 4^e édition, 2007. 286 p. p. 58.

¹⁸⁰ TA Paris, 8 février 1990, *Préfet du Val de Marne contre syndicat intercommunal du centre informatique d'Orly. Leb.*, 1990, p. 816.

¹⁸¹ CE, 16 juin 1997, *Centre Communal d'action sociale de la ville du Mans*, n°149088.

¹⁸² CE sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n°149662. *RFDA*, 1999, pp. 128-146, concl. J.H. Stahl, note D. Pouyaud. *AJDA*, 1998, p. 1041 et 969-977, chron. Raynaud et Fombeur. *AJFP*, 1998, n°1, pp. 4-8, note P. Boutelet. *JCP*, 1999, II.10045, note V. Haïm. *LPA*, 1999, n°65, pp. 6-9, note M.C. Rouault.

¹⁸³ TA Lyon, 10 octobre 1996, *Préfet du Rhône contre Ville de Villeurbanne*, n°9502414 et n°9502416. *AFJP*, n°2, 1997, p. 51.

¹⁸⁴ CE, 17 octobre 1997, *Commune de Wattrelos*, n°152913.

nouvelle fois que celui-ci peut ne pas s'avérer adapté à l'ensemble des besoins des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

3. Les recrutements contractuels ouverts aux collectivités de taille modeste :

Enfin, il existe une autre exception au principe du recrutement statutaire sur emploi permanent lorsque les capacités de l'employeur sont particulièrement modestes et que les postes offerts sont à temps partiel. Absente de la rédaction initiale du statut de la fonction publique territoriale¹⁸⁵, cette exception a été consacrée par l'article 6 de la loi Galland du 13 juillet 1987¹⁸⁶. Un 4^e alinéa à l'article 3 de la loi n°84-53 a ainsi été ajouté : « *dans les communes de moins de 2 000 habitants et dans les groupements de communes dont la moyenne arithmétique des nombres d'habitants ne dépasse pas ce seuil, des contrats peuvent être conclus pour une durée déterminée et renouvelés par reconduction expresse pour pourvoir des emplois permanents à temps non complet et correspondant à un nombre maximal d'heures de travail qui n'excède pas celui mentionné à l'article 107 de la présente loi* ». L'article 107 de la loi n°84-53¹⁸⁷ précise que ce nombre maximal d'heures de travail est déterminé par une délibération du conseil d'administration de la Caisse Nationale de Retraites des Agents des Collectivités Territoriales (CNRACL). Ce seuil a été fixé à 35 heures mensuelles à compter du 1^{er} octobre 1981, à 31 heures 30 à compter du 1^{er} novembre 1982 et à 28 heures à compter du 1^{er} janvier 2002¹⁸⁸.

Ce texte a été modifié à de nombreuses reprises¹⁸⁹, sans toutefois que son sens ou sa portée générale n'en soient bouleversés.

¹⁸⁵ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

¹⁸⁶ Loi n°87-529 du 13 juillet 1987 dite Galland modifiant les dispositions relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 16 juillet 1987, p. 7918.

¹⁸⁷ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

¹⁸⁸ CNRACL. *Fonctionnaires territoriaux à temps non complet* [EN LIGNE]. Disponible sur : https://www.cdc.retraites.fr/portail/spip.php?page=article&id_article=8474&cible=_actif (consulté le 1^{er} novembre 2014).

¹⁸⁹ L'article 18 de la loi n°2001-2 du 3 janvier 2001 a durci le seuil applicable puisque désormais seules les communes de moins de 1000 habitants et les groupements de communes dont la moyenne arithmétique du

La présente exception n'a pas entraîné – à notre connaissance - de jurisprudence particulièrement notable. Cela s'explique très certainement par son caractère purement mathématique, qui n'a pas engendré une quelconque difficulté d'appréciation. En tout état de cause, cette exception nous paraissait devoir nécessairement être évoquée, tant elle témoigne d'une prise de conscience rapide – seulement trois ans après l'adoption des statuts de la fonction publique territoriale – de l'inadaptation du statut aux collectivités territoriales de taille particulièrement modeste.

Les trois cas de recrutements contractuels précédemment étudiés, liés aux lacunes et contraintes du statut, traduisent l'incapacité du statut à répondre à l'ensemble des besoins des administrations territoriales.

nombre d'habitants ne dépasse pas ce seuil sont susceptibles de bénéficier de cette exception. Ce texte précise également que la durée de travail maximale ne doit désormais plus excéder celle d'un mi-temps (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, p. 96). Ces dispositions sont ensuite remaniées par la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 qui limite la durée et le renouvellement des contrats conclus sur la base de cette exception. Ainsi, la durée maximale d'un contrat ne peut désormais plus excéder 3 ans ; les contrats ne sont renouvelables que par reconduction expresse et leur durée cumulée ne peut excéder six ans (loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183). Ensuite, la loi n°2007-209 modifie de nombreux éléments. Le sixième alinéa de l'article 3 de la loi n°84-53, dans sa rédaction issue de la loi précitée, maintient, en premier lieu, l'exception prévue pour les communes et groupements de communes dont le total ou la moyenne est inférieure à 1000 habitants. La durée maximale de travail est toujours fixée à la moitié d'un temps plein. Dans le cas particulier du secrétaire de mairie, il est précisé que, dans ces collectivités, ce poste peut être occupé par un agent contractuel, même à temps plein. Quant aux communes de moins de 2000 habitants et aux groupements de communes de moins de 10 000 habitants, ils ont la possibilité « *lorsque la création ou la suppression d'un emploi dépend de la décision d'une autorité qui s'impose à la collectivité en matière de création, de changement de périmètre ou de suppression d'un service public* » (article 3 alinéa 6 de la loi n°84-53 dans sa rédaction issue de la loi n°2007-209) de pourvoir à ce poste au moyen d'un recrutement contractuel (loi n°2007-209 du 19 février 2007 relative à la fonction publique territoriale. *JORF*, 21 février 2007, p. 3041. En ce sens, voir notamment ses article 26 et 53). Enfin, la loi n°2012-347 du 12 mars 2012, outre quelques reformulations, déplace cette exception au sein d'un nouvel article 3-3 du statut de la fonction publique territoriale (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).

§2 – Le recrutement contractuel sur les emplois à connotation politique :

Parmi les emplois permanents des administrations locales, il convient de signaler l'existence d'un cas particulier, à la frontière du monde politique : les emplois fonctionnels. Le recrutement contractuel est possible sur ces postes, en concurrence avec un recrutement statutaire mais par la voie du détachement¹⁹⁰ - situation dans laquelle se trouve un fonctionnaire placé dans un corps ou cadre d'emplois différent de son corps ou cadre d'emplois d'origine et qui exerce ses fonctions et est rémunéré selon les règles applicables dans ce corps ou cadre d'emplois d'accueil.

Les emplois fonctionnels peuvent être définis comme « *les emplois supérieurs laissés à la discrétion de l'autorité territoriale*¹⁹¹ ». Il s'agit donc là d'emplois aux limites du politique. Les responsabilités inhérentes à ces emplois sont particulièrement importantes, raison pour laquelle le législateur, dès 1984, décide d'instaurer une nouvelle exception au principe du recrutement statutaire. Ainsi, la loi n°84-53 du 26 janvier 1984¹⁹², au sein de son article 47, autorise le recrutement direct, par voie contractuelle, pour plusieurs emplois particuliers. De fait, le directeur des services des départements et des régions, le secrétaire général et directeur général des services techniques des communes de plus de 80000 habitants, le secrétaire général adjoint des communes de plus de 150000 habitants et le directeur des établissements publics dont les caractéristiques et l'importance le justifient peuvent être recrutés directement sous contrat. Il est par ailleurs précisé qu'aucune titularisation n'est possible au sein de la fonction publique territoriale pour ce type de

¹⁹⁰ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. En ce sens, voir notamment l'article 6-1 alinéa 3, dans sa rédaction issue de la loi n°2012-347 du 12 mars 2012 : « [*Les emplois comportant des responsabilités d'encadrement, de direction de services, de conseil ou d'expertise, ou de conduite de projet*] sont pourvus par la voie du détachement ».

¹⁹¹ PELLETIER Pascale, MARILLIA Georges-Daniel. *Les agents non titulaires des trois fonctions publiques*. Paris : Éditions Berger-Levrault, 4^e édition, 2007. 286 p. p. 65.

¹⁹² Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. L'article 47 de cette loi, dans sa rédaction initiale, est libellé de la sorte : « *Par dérogation à l'article 41, peuvent être pourvus par la voie du recrutement direct, dans les conditions de diplômes ou de capacités fixées par décret en Conseil d'État, les emplois suivants : / Directeur des services des départements et des régions ; / Secrétaire général et directeur général des services techniques des communes de plus de 80000 habitants ; / Secrétaire général adjoint des communes de plus de 150000 habitants ; / Directeur des établissements publics dont les caractéristiques et l'importance le justifient. La liste de ces établissements est fixée par décret en Conseil d'État. / L'accès à ces emplois par la voie du recrutement direct n'entraîne pas titularisation dans la fonction publique territoriale.* »

recrutement et que les agents recrutés possèdent un diplôme sanctionnant une formation d'une durée totale d'au moins 5 ans après le baccalauréat ou ont exercé pendant au moins 5 ans des fonctions relevant d'un emploi de la catégorie A ou, dans le privé, des fonctions de cadres¹⁹³.

La loi Galland du 13 juillet 1987¹⁹⁴ modifie les dispositions relatives aux départements et aux régions. Désormais, peuvent être recrutés par voie contractuelle le « *directeur général des services et, lorsque l'emploi est créé, [le] directeur général adjoint des services des départements et des régions*¹⁹⁵ ».

La loi n°2000-321 du 12 avril 2000 modifie quant à elle les dispositions relatives aux communes¹⁹⁶. Ce ne sont plus le « *secrétaire général et [le] directeur général des services techniques des communes de plus de 80000 habitants* » qui peuvent être recrutés par voie contractuelle, mais le « *directeur général des services et [le] directeur général des services techniques des communes de plus de 80000 habitants* ». Concernant les communes de plus de 150 000 habitants, c'est désormais le « *directeur général adjoint des services* » qui peut être

¹⁹³ Décret n°88-545 du 6 mai 1988 relatif au recrutement direct dans certains emplois de la fonction publique territoriale, en application de l'article 47 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 7 mai 1988, p. 6391. L'article 1 de ce décret est rédigé de la sorte : « *Pour l'application de l'article 47 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 susvisée, les personnes recrutées doivent remplir l'une des conditions suivantes : / a) Soit être titulaires d'un diplôme national sanctionnant une formation d'une durée totale au moins égale à cinq années d'études supérieures après le baccalauréat ou d'un titre ou diplôme homologué classé au niveau I-II par la commission d'homologation des titres et diplômes de l'enseignement technologique, ou d'un diplôme délivré par un établissement d'enseignement supérieur étranger homologué dans les conditions prévues par le décret du 2 août 1960 susvisé, ou d'un diplôme équivalent figurant sur une liste établie par décret ; / b) Soit avoir exercé effectivement pendant cinq ans des fonctions du niveau de la catégorie A dans un établissement ou une administration publics ou avoir eu pendant la même durée la qualité de cadre au sens de la convention collective de travail dont elles relevaient* ».

¹⁹⁴ Loi n°87-529 du 13 juillet 1987 dite Galland modifiant les dispositions relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 16 juillet 1987, p. 7918.

¹⁹⁵ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Dans sa rédaction issue de la loi n°87-529, l'article 47 de cette loi est rédigé de la sorte : « *Par dérogation à l'article 41, peuvent être pourvus par la voie du recrutement direct, dans les conditions de diplômes ou de capacités fixées par décret en Conseil d'État, les emplois suivants : / Secrétaire général et directeur général des services techniques des communes de plus de 80000 habitants ; / Secrétaire général adjoint des communes de plus de 150000 habitants ; / Directeur des établissements publics dont les caractéristiques et l'importance le justifient. La liste de ces établissements est fixée par décret en Conseil d'État. / L'accès à ces emplois par la voie du recrutement direct n'entraîne pas titularisation dans la fonction publique territoriale* ».

¹⁹⁶ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Dans sa rédaction issue de la loi n°2000-321, l'article 47 de cette loi est rédigé de la sorte : « *Par dérogation à l'article 41, peuvent être pourvus par la voie du recrutement direct, dans les conditions de diplômes ou de capacités fixées par décret en Conseil d'État, les emplois suivants : / Directeur général des services et, lorsque l'emploi est créé, 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 ; / Directeur général adjoint des services des communes de plus de 150000 habitants ; / Directeur des établissements publics dont les caractéristiques et l'importance le justifient. La liste de ces établissements est fixée par décret en Conseil d'État. / L'accès à ces emplois par la voie du recrutement direct n'entraîne pas titularisation dans la fonction publique territoriale* ».

recruté par voie contractuelle, et non plus le « *secrétaire général adjoint* ». La loi n°2000-321 n'a par conséquent rien apporté d'autre que des modifications terminologiques mineures, sans conséquences particulières sur le sort de ce cas de recrutement contractuel.

Une autre modification terminologique concernant les établissements publics est apportée par la loi n°2001-2 du 3 janvier 2001¹⁹⁷. Si les caractéristiques et l'importance de ces établissements justifient le recours à un recrutement direct¹⁹⁸, seuls les directeurs généraux¹⁹⁹ peuvent désormais y prétendre.

Réservée autrefois aux seules communes, la loi n°2004-809 du 13 août 2004²⁰⁰ permet d'étendre la possibilité d'un recrutement direct aux établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre, et ce dans les mêmes conditions que précédemment. Ainsi, ce sont désormais le directeur général des services et le directeur général des services techniques des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 80 000 habitants et le directeur général adjoint des services des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 150 000 habitants qui peuvent être recrutés par voie contractuelle²⁰¹.

¹⁹⁷ 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, p. 96.

¹⁹⁸ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Dans sa rédaction issue de la loi n°2001-2, l'article 47 de cette loi est rédigé de la sorte : « *Par dérogation à l'article 41, peuvent être pourvus par la voie du recrutement direct, dans les conditions de diplômes ou de capacités fixées par décret en Conseil d'État, les emplois suivants : / Directeur général des services et, lorsque l'emploi est créé, 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 ; / Directeur général adjoint des services des communes de plus de 150000 habitants ; / Directeur général des établissements publics dont les caractéristiques et l'importance le justifient. La liste de ces établissements est fixée par décret en Conseil d'État. / L'accès à ces emplois par la voie du recrutement direct n'entraîne pas titularisation dans la fonction publique territoriale* ».

¹⁹⁹ Ibidem.

²⁰⁰ Loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. *JORF*, 17 août 2004, p. 14545. En ce sens, voir notamment l'article 168.

²⁰¹ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Dans sa rédaction issue de la loi n°2004-809, l'article 47 de cette loi est rédigé de la sorte : « *Par dérogation à l'article 41, peuvent être pourvus par la voie du recrutement direct, dans les conditions de diplômes ou de capacités fixées par décret en Conseil d'État, les emplois suivants : / Directeur général des services et, lorsque l'emploi est créé, 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 ; / 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. / Directeur général des établissements publics dont les caractéristiques et l'importance le justifient. La liste de ces établissements est fixée par décret en Conseil d'État. / L'accès à ces emplois par la voie du recrutement direct n'entraîne pas titularisation dans la fonction publique territoriale* ».

La spécificité de ces emplois, qui ne peuvent pas en théorie être pourvus sur la base d'une nomination directe, s'explique par la précarité absolue d'un tel recrutement. Du fait de la proximité de ces agents avec les politiques qu'ils servent, une fin de fonction peut être décidée dans des conditions particulièrement dérogatoires²⁰², pour des motifs qui le sont tout autant. Ainsi, il peut être mis fin au contrat ou au détachement d'un agent occupant ce type d'emploi sur la seule base d'une perte de confiance de l'autorité territoriale²⁰³.

Il est dès lors aisé de comprendre pourquoi le statut n'est pas adapté à un tel type d'emploi.

Afin d'être parfaitement complet, il convient de signaler l'existence d'un autre cas de recrutement contractuel²⁰⁴ sur emploi permanent²⁰⁵ en lien avec la vie politique : les collaborateurs de groupe d'élus. Ces derniers nous paraissent toutefois totalement étrangers à l'emploi public administratif territorial, en raison de leur rôle uniquement politique²⁰⁶. Ils ne participent en effet pas au fonctionnement du service public, mais sont exclusivement au service des élus. Il s'agit de la raison pour laquelle ils sont exclus de la présente étude.

²⁰² Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 53.

²⁰³ En ce sens, et pour une illustration, voir notamment : CE, 26 février 2007, *Commune de Menton*, n°295886. Ou encore : CAA Bordeaux, 12 juin 2002, *Commune de Saint-Denis*, n°97BX30716.

²⁰⁴ Concernant les collaborateurs de groupes d'élus, les dispositions applicables sont réparties entre plusieurs articles du Code Général des Collectivités Territoriales : l'article L2121-28 du CGCT concerne les Communes de plus de 100 000 habitants, l'article L3121-24 du CGCT les départements, l'article L4132-23 du CGCT les régions. Il convient également de préciser que la loi n°2012-347 du 12 mars 2012 a créé un nouvel article 110-1 au sein de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984. Cet article 110-1 précise la durée des contrats conclus pour le recrutement des collaborateurs de groupes d'élus.

²⁰⁵ En ce sens, voir : CE, 6 novembre 2013, *Département du Haut-Rhin*, n°366309. Le Conseil d'État y précise que « les emplois de collaborateurs de groupe d'élus (...) répondent à un besoin permanent des collectivités territoriales ».

²⁰⁶ Ibidem. Le Conseil d'État indique que les collaborateurs de groupes d'élus « contribuent au bon fonctionnement des assemblées délibérantes ».

CONCLUSION :

Qu'il s'agisse d'emplois permanents ou non, les possibilités de recrutement contractuel offertes aux administrations territoriales ainsi qu'à leurs établissements publics sont particulièrement nombreuses.

Toutes ces exceptions démontrent que le statut n'est pas en mesure de répondre à l'intégralité des besoins des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. L'ensemble des missions relevant de la compétence des administrations territoriales ne peut donc être assuré uniquement via des recrutements statutaires.

Il existe par ailleurs d'autres cas particuliers qui mettent en œuvre des recrutements contractuels. Ils méritent, à ce titre, d'être examinés en détails.

CHAPITRE 2
LE RECRUTEMENT CONTRACTUEL,
RÉPONSE EXCLUSIVE
AUX BESOINS PARTICULIERS DES
ADMINISTRATIONS TERRITORIALES

Les recrutements contractuels sont, comme nous avons pu le constater, envisageable afin de pourvoir tant des emplois non permanents que des emplois permanents. Cependant, certains cas plus spécifiques ne correspondant pas pleinement à la systématisation précédemment opérée doivent être étudiés séparément. Il s'agit de recrutements contractuels destinés à satisfaire des besoins particuliers des administrations territoriales. L'emploi du contrat est alors exclusif de tout autre type de recrutement.

Nous distinguerons, parmi ces cas de recrutement, ceux où seul un contrat est susceptible de permettre à un agent d'être recruté en raison des spécificités liées à la relation de travail (SECTION I). Ces postes ne peuvent en effet pas, en raison de leur nature, être occupés par des fonctionnaires en position d'activité. Ensuite, nous nous attarderons sur le cas particulier de la reprise en régie d'une activité autrefois déléguée à une personne privée (SECTION II). Le recrutement contractuel est ici obligatoirement mis en œuvre en raison des circonstances du recrutement. L'étude de ces différents cas nous permettra une nouvelle fois d'observer que le statut n'est pas en mesure de satisfaire à l'ensemble des besoins des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

SECTION I - Le contrat comme unique outil de recrutement en raison du particularisme de la relation de travail :

Le contrat peut parfois être le seul mode de recrutement offert aux administrations locales, comme c'est le cas lorsqu'elles décident d'employer des vacataires ou encore des assistants maternels et familiaux (§1). Ces deux catégories d'agents effectuent en effet des tâches qui ne sauraient être dévolues à un fonctionnaire. Dans un second temps, nous nous attarderons sur le cas des recrutements contractuels ayant une finalité sociale (§2).

§1 – Le contrat comme seul outil de recrutement en raison de la nature particulière des tâches confiées :

Lorsque la nature particulière des tâches à confier à un agent les y oblige, les administrations territoriales doivent avoir recours au contrat. Tout recrutement statutaire est ainsi à exclure pour les vacataires (A) ou encore les assistants familiaux et les assistants maternels (B).

A. Les vacataires :

Les administrations territoriales ont la possibilité de recruter des agents qui n'ont pas vocation à occuper un quelconque emploi - au sens du statut - mais à n'effectuer qu'une tâche ponctuelle. Pour autant, ces agents participent bel et bien au fonctionnement des administrations territoriales. Pour cette raison les vacataires, qui constituent une catégorie particulière d'agents contractuels²⁰⁷, méritent pleinement d'être ici étudiés.

²⁰⁷ Comme nous l'avons précédemment évoqué, l'agent contractuel est en réalité celui qui est recruté en dehors du cadre statutaire, comme c'est le cas pour le vacataire. Par voie de conséquence, l'acte à l'origine de la relation de travail entre l'agent vacataire et l'administration s'analyse comme un accord de volonté, une véritable convention entre deux personnes distinctes. Il s'agit de la raison pour laquelle nous pouvons affirmer que les vacataires entrent effectivement dans la catégorie des agents contractuels – bien qu'ils soient eux même constitutifs d'une sous-catégorie à part entière, considérant le nombre de spécificités particulièrement important du régime juridique leur étant applicable.

Il n'en existe aucune définition légale²⁰⁸. C'est la jurisprudence administrative qui, progressivement, a mis au point la définition et les critères d'identification des vacataires²⁰⁹.

Dans un premier temps, il convient d'évoquer les critères ne permettant pas d'identifier un vacataire.

Dans un arrêt rendu le 28 novembre 2003²¹⁰, le Conseil d'État a rappelé que l'absence de contrat écrit ne peut suffire à qualifier un agent de vacataire. Cette décision concernait un agent de la fonction publique hospitalière. À notre connaissance, il n'existe pas d'arrêt à ce propos où l'agent a été employé au sein d'une administration territoriale²¹¹, mais cette situation est aisément transposable à la fonction publique territoriale. Toujours concernant le contrat de travail, la mention de la qualité de vacataire dans l'acte d'engagement ne suffit pas non plus à emporter la qualification du contrat, comme l'a rappelé le Conseil d'État dès 1982²¹². Ainsi, les juges ont considéré que la forme du contrat ou même son absence ne pouvait suffire à qualifier un agent de vacataire. Ce faisant, les juges ont entendu écarter tout critère formel de cette qualification.

²⁰⁸ En ce sens, voir notamment : [Anon.]. « Les vacataires dans la fonction publique territoriale ». *IAJ*, 2010, n°2, pp. 2-11. L'article signale nombre des jurisprudences ci-après analysées.

²⁰⁹ En ce sens, voir notamment : Rép. min. à la QE n°26505. *JOAN (Q.)*, 23 mars 2004, p.2323. Le passage qui nous intéresse est ci-après reproduit : « en l'état actuel de la réglementation, aucun texte ne définit la qualité de vacataire. Seule la jurisprudence apporte des précisions ».

²¹⁰ CE, 28 novembre 2003, *AP-HP*, n°236510. Le Conseil d'État a précisé que : « [l'agent] a prêté son concours, en qualité de sage-femme, de manière continue dans le même service de l'hôpital (...) pendant quatre ans (...) ; que, par suite, en jugeant que, nonobstant le fait qu'elle ait été rémunérée par des vacations mensuelles et qu'elle ne disposait d'aucun contrat écrit (...), elle devait être regardée comme ayant eu la qualité d'agent contractuel de droit public, et non de vacataire (...) la Cour n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ».

²¹¹ Concernant la fonction publique d'État, il est notamment possible de citer la jurisprudence suivante : TA Nancy, 30 décembre 2005, *Syndicat SGEN-CFDT des travailleurs du CNRS*, n°0400410. Le Tribunal précise que : « [les] agents, dépourvus de contrat de travail, ont été recrutés sur le fondement de décisions unilatérales pour des périodes inférieures ou égales à six mois, qu'ils ont, par la suite, été continuellement reconduits dans leurs fonctions pour effectuer au sein de ce service un travail à temps complet, équivalent à celui qui était effectué par certains agents titulaires du même service ; que, dès lors, ils ne pouvaient être considérés comme des agents vacataires engagés pour exécuter un acte déterminé ».

²¹² CE, 10 novembre 1982, n°21628. Le Conseil d'État a rappelé que : « les dispositions de la « décision d'embauchage » du 9 décembre 1975, suivant lesquelles, d'une part, M. X était engagé « à titre essentiellement précaire et révocable » et, d'autre part, il serait rémunéré « au taux horaire correspondant à la catégorie B », n'impliquent pas, par elles-mêmes, que l'intéressé ait été recruté comme agent rémunéré à la vacation ».

Concernant cette fois la tâche confiée au vacataire, ni l'absence de soumission hiérarchique directe ou la liberté d'organisation du travail n'ont été retenus comme des critères d'identification pertinents²¹³.

Dans un second temps, il convient de s'attarder sur les critères permettant d'identifier un vacataire. Un principe essentiel sous-tend l'ensemble de ces critères : celui du besoin de l'administration. Il ne doit pas correspondre à un emploi permanent, ni même à un emploi non permanent. Les trois critères d'identification des vacataires mis au point par la jurisprudence ne sont que des conséquences de ce principe essentiel. Ces trois critères, que nous étudierons successivement, sont l'accomplissement d'un acte déterminé, la rémunération de l'agent à l'acte et enfin le caractère ponctuel et discontinu de la relation de travail.

Le recrutement pour accomplir un acte déterminé est le premier critère jurisprudentiel permettant d'identifier un vacataire. Comme nous l'avons déjà précisé, le vacataire n'est pas recruté sur un emploi – que celui-ci soit permanent ou non. S'il était recruté pour un ensemble de tâches, pour une mission qui le conduirait à effectuer plusieurs tâches distinctes, il serait alors recruté afin de pourvoir un emploi ; il ne serait donc pas vacataire. Si cette observation paraît relever de la plus pure évidence, il convient toutefois de noter qu'en pratique, la distinction entre une mission relevant d'un emploi et un acte déterminé est parfois ténue. C'est la raison pour laquelle il convient d'examiner en détail l'appréciation jurisprudentielle de ce critère. Certains exemples pris en référence ne présentent que des difficultés modérées. Ainsi, un pigiste recruté par une collectivité pour rédiger plusieurs articles est reconnu comme étant un vacataire, même si cette collaboration a duré pendant une année entière et a donné lieu à la rédaction de nombreux articles²¹⁴ ; il en va de même pour un formateur qui dispense occasionnellement des cours pour le compte du Centre National de la Fonction Publique Territoriale (CNFPT), même si ses interventions ont été nombreuses et successives²¹⁵. Il semble, en réalité, que les juges examinent avant tout la nature du besoin de l'administration

²¹³ Voir en ce sens, notamment - l'arrêt concerne la fonction publique d'état, mais le raisonnement employé est tout à fait transposable à la fonction publique territoriale : CE, 26 mars 2003, *Syndicat national CGT de l'INSEE*, n°230011. *AJDA*, 2003, p. 1115, note G. Le Chatelier.

²¹⁴ TA Amiens, 25 février 2003, n°00180. Le Tribunal relève que : « [L'agent] a collaboré pendant un an à l'élaboration du "Journal des Amiénois", par la rédaction d'articles rémunérés exclusivement à la pige réellement produite et selon un tarif comportant des éléments de personnalisation ; que, par définition, ce type d'activité est une succession d'actes déterminés (...), en raison de la spécificité de chaque article ou piges ».

²¹⁵ CAA Douai, 2 décembre 2003, n°00DA00824. La cour relève que : « malgré le nombre de ses engagements et leur caractère successif, Mme X a été recrutée par le Centre national de la fonction publique territoriale, non pas pour exercer une mission ayant un caractère permanent, mais pour l'exécution d'un acte déterminé ».

satisfait par ce recrutement. Dès lors, si l'agent a été recruté afin de satisfaire un besoin permanent de la collectivité, il ne peut être qualifié de vacataire²¹⁶. La Cour Administrative d'Appel de Bordeaux a ainsi jugé, dans un arrêt en date du 23 juin 2005, que la qualité de vacataire est incompatible avec un recrutement à durée indéterminée, le besoin de l'administration ne pouvant alors n'être que permanent²¹⁷.

Le second critère d'identification d'un vacataire est la rémunération à l'acte. Les vacataires sont – comme nous l'avons déjà précisé – recrutés pour accomplir un acte déterminé. Ils doivent par conséquent fort logiquement être rémunérés sur la base des actes ainsi accomplis. En cela, le mode de calcul de leur rémunération est différent de celui applicable aux autres agents publics, dont le traitement est fixé en fonction du grade et de l'échelon²¹⁸. Dès lors, la simple rémunération d'un agent sur les crédits affectés aux vacances ne suffit pas à lui conférer la qualité de vacataire. Ainsi, si des médecins agréés réalisant les visites médicales d'embauche, payés à l'acte, sont des vacataires²¹⁹, il n'en va pas de même pour un psychologue employé pendant 16 ans sur la base de 40 à 60 heures mensuelles et rémunéré sur la base de crédits affectés aux vacances²²⁰. Le critère de la rémunération à l'acte est par conséquent nécessaire mais pas suffisant pour caractériser un vacataire.

Enfin, le dernier des trois critères cumulatifs permettant d'identifier un vacataire tient au caractère discontinu de la relation de travail. C'est notamment par ce critère qu'il est possible de distinguer le recrutement d'un vacataire avec le recrutement d'un agent sur un emploi non permanent. Ainsi, un agent recruté par arrêtés mensuels successifs ne peut être

²¹⁶ En ce sens, voir notamment : CE, 11 février 2013, *Mme Bakhtaoui*, n°347145. *AJDA*, 2013, p. 374, note MC de Monteclerc. Cet arrêt, bien que rendu concernant la fonction publique d'État, est transposable à la fonction publique territoriale. En l'espèce, le juge va indiquer que le besoin satisfait par l'agent était par nature temporaire ; que dès lors, la répétition des vacances n'était pas susceptible d'entraîner la requalification de son contrat.

²¹⁷ CAA Bordeaux, 23 juin 2005, n°02BX01107. La cour relève que : « *les agents publics recrutés au moyen d'un contrat à durée indéterminée, qui assurent des missions ayant par nature un caractère permanent, ne peuvent être regardés comme engagés pour exécuter un acte déterminé, caractéristique d'un emploi de vacataire* ».

²¹⁸ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 20, alinéa 2 : « *Le montant du traitement est fixé en fonction du grade de l'agent et de l'échelon auquel il est parvenu, ou de l'emploi auquel il a été nommé* ».

²¹⁹ En ce sens, voir notamment : Rép. min. à la QE n°9180. *JOS (Q.)*, 6 janvier 2005, p. 29.

²²⁰ CAA Marseille, 28 février 2006, n°02MA00703. La cour relève que : « *[l'agent] qui occupait un emploi permanent, ne peut être regardée comme ayant eu la qualité de vacataire, alors même (...) qu'elle était rémunérée sur la base d'un nombre de vacances multiplié par un taux horaire* ».

considéré comme un vacataire²²¹. Dès lors que le recrutement est continu – même s’il n’est pas quantitativement constant – la qualité de vacataire n’est pas reconnue à l’agent²²². A contrario, un agent recruté de manière discontinue pour accomplir des tâches déterminées peut être considéré comme étant un vacataire²²³.

Les trois critères cumulatifs ainsi mis en place par la jurisprudence permettent de circonscrire précisément les contours de la notion de vacataire, qui constitue une catégorie particulière d’agents contractuels. L’emploi du contrat démontre une nouvelle fois que le statut n’est pas à même de répondre à l’ensemble des besoins des administrations territoriales.

B. Les assistants familiaux et les assistants maternels :

L’assistant familial « est la personne qui, moyennant rémunération, accueille habituellement et de façon permanente des mineurs et des jeunes majeurs de moins de vingt et un ans à son domicile. Son activité s’insère dans un dispositif de protection de l’enfance, un dispositif médico-social ou un service d’accueil familial thérapeutique²²⁴ ». L’assistant maternel, quant à lui, « est la personne qui, moyennant rémunération, accueille habituellement et de façon non permanente des mineurs à son domicile²²⁵ ». Les assistants maternels et les assistants familiaux constituent également une catégorie d’agents publics contractuels – dès lors qu’ils sont recrutés par une personne publique - dont le régime est spécifique en raison notamment de la particularité des missions qui leurs sont confiées. Cette

²²¹ CAA Versailles, 4 octobre 2007, n°05VE01741. La cour relève que : « [l’agent] a été employé (...) par des arrêtés mensuels successifs pour un nombre d’heures variant d’un mois sur l’autre en fonction des besoins (...) afin de remplacer ou de compléter les effectifs des personnels titulaires (...) ; que ces services (...) correspondaient ainsi à des besoins occasionnels ; qu’ainsi le requérant n’a pas la qualité de vacataire ».

²²² En ce sens, voir notamment : CAA Paris, 5 décembre 1989, M. Jodelet, n°89PA00958.

²²³ CAA Marseille, 4 mars 2008, M. B., n°05MA03217. La cour relève que : « [l’agent] n’a exercé les fonctions de cuisinier que de manière ponctuelle, pour remplacer des personnes absentes (...) ou pour faire face à un afflux occasionnel de commensaux au sein du restaurant administratif de l’établissement ; que le caractère ponctuel et non continu de son activité est établi (...) ; (...) que, par suite, [l’agent] avait la qualité de vacataire ».

²²⁴ Article L421-2 du code de l’action sociale et des familles.

²²⁵ Article L421-1 du code de l’action sociale et des familles.

qualité d'agent non titulaire leur a tout d'abord été reconnue par la jurisprudence²²⁶, puis par la loi²²⁷. Aujourd'hui, l'article L422-6 du code de l'action sociale et des familles rappelle cette spécificité²²⁸.

Leur régime juridique est tout à fait dérogatoire à celui applicable aux autres agents non titulaires. Il est également particulièrement peu lisible car constitué en majorité de renvoi à de nombreuses dispositions éparses²²⁹. À titre d'exemple, le régime disciplinaire de ces agents relève pour partie du droit commun des agents non titulaires²³⁰, mais l'échelle des sanctions pouvant être prononcées est spécifique à ces agents²³¹. On notera également que ces agents non titulaires doivent nécessairement obtenir avant tout recrutement un agrément délivré par le Président du Conseil Départemental²³². Concernant plus particulièrement le

²²⁶ CE, 23 décembre 1987, *Fédération des services départementaux et régionaux contre syndicats CGT-FO*, n°79958. *Leb.*, 1987, p. 775. Au sein de cet arrêt, la haute juridiction a précisé que : « *les assistantes maternelles qui ont été recrutées par le département de la Dordogne pour accueillir en garde permanente à leur domicile des mineurs qui leur sont confiés par le service départemental de l'aide sociale à l'enfance, exercent des fonctions qui les font participer directement à l'exécution du service public de l'aide sociale à l'enfance et ont ainsi la qualité d'agent public* ».

²²⁷ Loi n°92-642 du 12 juillet 1992 relative aux assistants maternels et assistantes maternelles et modifiant le code de la famille et de l'aide sociale, le code de la santé publique et le code du travail. *JORF*, 14 juillet 1992, p. 9447. En ce sens, voir l'article 5 de cette loi, qui complète le code de la famille et de l'aide sociale par un nouvel article 123-10 libellé de la sorte : « *Les assistantes maternelles employées par des collectivités territoriales sont des agents non titulaires de ces collectivités ; un décret en Conseil d'État fixe les dispositions particulières qui leur sont applicables compte tenu du caractère spécifique de leur activité* ».

²²⁸ L'article L422-6 du code de l'action sociale et des familles est libellé de la sorte : « *Les assistants maternels employés par des collectivités territoriales sont des agents non titulaires de ces collectivités. Les dispositions particulières qui leur sont applicables compte tenu du caractère spécifique de leur activité, sont fixées par voie réglementaire* ».

²²⁹ Le régime juridique applicable à ces agents non titulaires est déterminé par les articles L422-1 et suivants et R422-1 et suivants du code de l'action sociale et des familles. De nombreux renvois à d'autres dispositions sont effectués au sein de ces articles. À titre d'exemple, l'article L422-1 renvoie aux dispositions des articles L423-3 à L423-13, L423-15, L423-17 à L423-22, L423-27 à L423-33 et L423-35 ; l'article R422-1 du code de l'action sociale et des familles effectue un renvoi à certaines dispositions du décret n°88-145 du 15 février 1988, mais aussi aux articles D773-1-1 à D773-1-5 du code du travail. On notera à cet effet que le législateur n'a pas encore pris la peine de mettre à jour ces dispositions pour tenir compte de la nouvelle numérotation du code du travail, obligeant de ce fait à se référer aux tables de correspondance afin de déterminer les dispositions aujourd'hui applicables. Tous ces éléments contribuent au manque de lisibilité du régime juridique applicable aux assistants familiaux et maternels.

²³⁰ L'article R422-1 du code de l'action sociale et des familles renvoie sur ce point à l'article 37 du décret n°88-145 du 15 février 1988.

²³¹ L'article R422-20 du code de l'action sociale et des familles prévoit les sanctions applicables à ces agents : « *Les sanctions disciplinaires susceptibles d'être appliquées aux assistantes et assistants maternels sont : / 1° L'avertissement ; / 2° Le blâme ; / 3° Le licenciement* ».

²³² En ce sens, voir notamment : article L421-3 alinéa 1 du code de l'action sociale et des familles (« *L'agrément nécessaire pour exercer la profession d'assistant maternel ou d'assistant familial est délivré par le président du conseil départemental du département où le demandeur réside* »). Au surplus, il convient de noter que le refus d'agrément constitue un acte administratif faisant grief, dont la contestation est possible par devant la juridiction administrative. En ce sens, voir notamment : CAA Versailles, 14 juin 2007, *Département des Yvelines*,

contrat conclu entre l'agent et la personne publique, celui-ci doit obligatoirement être écrit²³³ et préciser certaines mentions obligatoires – comme la durée de recrutement, qui peut d'ailleurs être indéterminée²³⁴. En plus de cette convention, qui constitue une sorte de contrat cadre, un nouvel écrit doit être établi pour chaque enfant confié²³⁵ et préciser notamment les conditions d'accueil et de prise en charge de ce mineur. Enfin, entre autres particularismes, la rémunération de l'assistant familial ou de l'assistant maternel est déterminée par référence au salaire minimum de croissance²³⁶ (SMIC) et non par rapport à un quelconque indice de la fonction publique territoriale.

Le particularisme des missions confiées à ces agents explique aisément le caractère contractuel de leur recrutement. Toutefois, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là encore d'un cas supplémentaire de recrutement contractuel.

n°05VE01580 (« le département des Yvelines (...) n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que (...) le Tribunal administratif de Versailles a annulé sa décision refusant (...) l'agrément sollicité »).

²³³ Article L423-3 du code de l'action sociale et des familles : « Le contrat de travail des assistants maternels et des assistants familiaux est un contrat écrit ».

²³⁴ Article R422-3 du code de l'action sociale et des familles : « L'assistant maternel est recruté par contrat écrit. Le contrat fixe la date à laquelle le recrutement prend effet. Il définit notamment les conditions d'emploi et l'organisation du temps de travail et indique les droits et obligations de l'intéressé. Si le contrat de travail est à durée déterminée, il précise la date à laquelle il prend fin ».

²³⁵ Article L421-16 du code de l'action sociale et des familles : « Il est conclu entre l'assistant familial et son employeur, pour chaque mineur accueilli, un contrat d'accueil annexé au contrat de travail. / Ce contrat précise notamment le rôle de la famille d'accueil et celui du service ou organisme employeur à l'égard du mineur et de sa famille. Il fixe les conditions de l'arrivée de l'enfant dans la famille d'accueil et de son départ, ainsi que du soutien éducatif dont il bénéficiera. Il précise les modalités d'information de l'assistant familial sur la situation de l'enfant, notamment sur le plan de sa santé et de son état psychologique et sur les conséquences de sa situation sur la prise en charge au quotidien ; il indique les modalités selon lesquelles l'assistant familial participe à la mise en œuvre et au suivi du projet individualisé pour l'enfant. Il fixe en outre les modalités de remplacement temporaire à domicile de l'assistant familial, le cas échéant par un membre de la famille d'accueil. / Le contrat précise également si l'accueil permanent du mineur est continu ou intermittent. L'accueil est continu s'il est prévu pour une durée supérieure à quinze jours consécutifs, y compris les jours d'accueil en internat scolaire ou dans un établissement ou service mentionné au 2 du I de l'article L312-1 ou à caractère médical, psychologique et social ou de formation professionnelle, ou s'il est prévu pour une durée supérieure à un mois lorsque l'enfant n'est pas confié les samedis et dimanches ; l'accueil qui n'est pas continu ou à la charge principale de l'assistant familial est intermittent. / Le contrat d'accueil est porté à la connaissance des autres membres de la famille d'accueil. / Sauf situation d'urgence mettant en cause la sécurité de l'enfant, l'assistant familial est consulté préalablement sur toute décision prise par la personne morale qui l'emploie concernant le mineur qu'elle accueille à titre permanent ; elle participe à l'évaluation de la situation de ce mineur ».

²³⁶ Article L423-30 alinéa 1 du code de l'action sociale et des familles : « Sans préjudice des indemnités et fournitures qui leur sont remises pour l'entretien des enfants, les assistants familiaux relevant de la présente sous-section bénéficient d'une rémunération garantie correspondant à la durée mentionnée dans le contrat d'accueil. Les éléments de cette rémunération et son montant minimal sont déterminés par décret en référence au salaire minimum de croissance ».

§2 – Le contrat comme seul outil de recrutement en raison de la finalité sociale du recrutement effectué :

Le contrat est parfois le seul mode de recrutement possible pour les administrations territoriales dès lors que sa finalité est essentiellement sociale. Il peut s'agir soit de la mise en œuvre d'une discrimination positive (A) soit de contrats aidés (B). Dans ces deux cas de figure, la finalité sociale du recrutement ne permet pas la mise en œuvre immédiate d'un recrutement statutaire.

A. La mise en œuvre d'une discrimination positive :

Les emplois permanents des administrations territoriales peuvent également être pourvus par des agents contractuels dès lors qu'une discrimination positive est mise en œuvre. Tel est le cas pour les travailleurs en situation de handicap (1) et les demandeurs d'emploi âgés de 16 à 25 ans en situation d'échec scolaire, à qui la collectivité territoriale proposera une formation en alternance (2). Dans ces deux cas, le recrutement contractuel aboutira à la titularisation des agents si les conditions d'aptitude à la fonction sont remplies à l'issue du contrat.

1. Les cas particuliers des recrutements contractuels ouverts aux personnes en situation de handicap :

Les travailleurs présentant un handicap peuvent, de façon dérogatoire, être recrutés par voie contractuelle. Cette exception est prévue au sein de l'article 38 des statuts de la fonction publique territoriale²³⁷.

Absent de la rédaction initiale du statut, ce mécanisme a été introduit pour la première fois par l'article 4 de la loi n°87-517 du 10 juillet 1987²³⁸. L'article 38 du statut de la fonction

²³⁷ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441

publique territoriale, dans sa rédaction issue de cette loi, précise en son second alinéa que « *les personnes reconnues travailleurs handicapés par la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel prévue à l'article L. 323-11 du code du travail peuvent être recrutées en qualité d'agent contractuel dans les emplois des catégories C et D pendant une période d'un an renouvelable une fois. À l'issue de cette période, les intéressés sont titularisés sous réserve qu'ils remplissent les conditions d'aptitude pour l'exercice de la fonction*²³⁹ ». Il s'agit donc là d'un autre cas de recrutement contractuel sur emploi permanent. Sa particularité la plus notable – outre qu'il est exclusivement réservé aux personnes en situation de handicap – est qu'il conduit, au terme du contrat, à une titularisation sous réserve de la réunion des conditions d'aptitude nécessaires à l'exercice de la fonction.

L'article 111 de la loi n°95-116 du 4 février 1995²⁴⁰ modifie l'article 38 du statut en diminuant les restrictions – sans en changer le principe – puisqu'il élargit le dispositif aux « *emplois des catégories A, B et C*²⁴¹ ».

L'article 38 du statut sera une nouvelle fois modifié par l'article 33 3° de la loi n°2005-102 du 11 février 2005²⁴², la désignation des personnes éligibles à ce dispositif étant désormais effectuée par référence à certaines dispositions du code du travail. Désormais, le contrat de recrutement doit être établi pour une durée équivalente à la durée du stage prévue par le statut particulier du cadre d'emplois dans lequel la personne a vocation à être titularisée. Ce contrat est renouvelable une fois, pour une durée équivalente.

Dans le cas où l'accomplissement d'une scolarité est rendu nécessaire par le cadre d'emploi occupé, l'article 32 de la loi n°2007-209 du 19 février 2007²⁴³ prend en considération « *la durée du contrat [correspondant] à la durée de cette scolarité augmentée*

²³⁸ Loi n°87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés. *JORF*, 12 juillet 1987, p. 7822.

²³⁹ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 38 alinéa 2, dans sa rédaction issue de la loi n°87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés. *JORF*, 12 juillet 1987, p. 7822.

²⁴⁰ Loi n°95-116 du 4 février 1995 portant diverses dispositions d'ordre social. *JORF*, 5 février 1995, p. 1992.

²⁴¹ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 38 alinéa 2, dans sa rédaction issue de la loi n°95-116 du 4 février 1995 portant diverses dispositions d'ordre social. *JORF*, 5 février 1995, p. 1992.

²⁴² Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. *JORF*, 12 février 2005, p. 2353.

²⁴³ Loi n°2007-209 du 19 février 2007 relative à la fonction publique territoriale. *JORF*, 21 février 2007, p. 3041.

*de la durée du stage prévue par le statut particulier du cadre d'emplois dans lequel les intéressés ont vocation à être titularisés*²⁴⁴ ».

Enfin, la loi n°2016-483 du 20 avril 2016²⁴⁵ a simplement mis à jour la référence au code du travail – devenue obsolète – sans changer ni le sens ni la portée de ces dispositions.

L'emploi du mécanisme contractuel comme voie d'accès à une titularisation sous condition d'aptitude démontre une nouvelle fois que le statut n'est pas à même de répondre à l'ensemble des besoins des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

2. Le contrat de mise en œuvre du parcours d'accès aux carrières territoriales, hospitalières et de l'État (PACTE) :

Le contrat de mise en œuvre du parcours d'accès aux carrières territoriales, hospitalières et de l'État – résumé sous l'acronyme PACTE – permet également aux administrations territoriales de recruter des agents par voie contractuelle sur des emplois permanents. Là encore, ce dispositif met en œuvre une véritable discrimination positive²⁴⁶ qui aboutit à la titularisation de l'agent ainsi recruté.

Le PACTE est né d'un constat : « *les concours ont « des effets pervers » en attirant au sein de la catégorie C de plus en plus de diplômés*²⁴⁷ », ce qui ne permet plus à la fonction publique d'être « *représentative de la société qu'elle sert [ni de] favoriser l'égalité des chances notamment par l'accès à l'emploi public [ou encore de] jouer un rôle [suffisamment] actif (...) en matière de lutte contre les discriminations et contre l'exclusion*²⁴⁸ ». Afin de

²⁴⁴ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 38 alinéa 2, dans sa rédaction issue de la loi n°2007-209 du 19 février 2007 relative à la fonction publique territoriale. *JORF*, 21 février 2007, p. 3041.

²⁴⁵ 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.

²⁴⁶ MELLERAY Fabrice. « « On instaure une discrimination positive valorisant l'échec » ». *AJDA*, 2005, p. 60.

²⁴⁷ MULLER-QUOY Isabelle. « Le « PACTE » : une voie contractuelle d'intégration à la fonction publique ». *AJFP*, 2007, p. 129.

²⁴⁸ DE VILLEPIN Dominique. *Lettre du Premier ministre du 23 juin 2006 : développement des contrats PACTE dans la fonction publique*. [EN LIGNE] Disponible sur : <http://www.fonction->

remédier à ces problématiques, l'ordonnance n°2005-901 du 2 août 2005²⁴⁹ a introduit un nouveau mode d'accès dérogatoire à la fonction publique, qui débute par le recrutement contractuel d'un demandeur d'emploi âgé de 28 ans au plus en situation d'échec scolaire, sa formation en alternance²⁵⁰ et enfin, à l'issue de son contrat, sa titularisation²⁵¹ sous condition d'aptitude à l'exercice de ses fonctions. Cette nouveauté a donné lieu à l'insertion, au sein du statut de la fonction publique territoriale, d'un nouvel article 38 bis²⁵². La loi n°2017-86 du 27 janvier 2017, relative à l'égalité et à la citoyenneté, a étendu le bénéfice de ces dispositions aux chômeurs de longue durée de plus de 45 ans bénéficiaires de certains minima sociaux²⁵³. Il convient de s'attarder sur le détail de ce dispositif.

Le mécanisme ainsi mis en œuvre, dont les mesures d'application sont fixées par le décret n°2005-904 du 2 août 2005²⁵⁴, prévoit dans un premier temps l'organisation d'une large

publique.gouv.fr/files/files/score/autres-recrutements/pm_20060623.pdf (consulté le 14 mai 2015).

²⁴⁹ Ordonnance n°2005-901 du 2 août 2005 relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'État. *JORF*, 3 août 2005, n°179, p. 12720. L'article 3 de l'ordonnance cette ordonnance introduit ce dispositif au sein de la fonction publique d'état ; l'article 4, au sein de la fonction publique territoriale ; l'article 5 au sein de la fonction publique hospitalière.

²⁵⁰ L'article 38 bis alinéa 1^{er} de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 prévoit ainsi que : « *Les jeunes gens âgés de vingt-huit ans au plus qui sont sortis du système éducatif sans diplôme ou sans qualification professionnelle reconnue et ceux dont le niveau de qualification est inférieur à celui attesté par un diplôme de fin de second cycle long de l'enseignement général, technologique ou professionnel, peuvent, à l'issue d'une procédure de sélection, être recrutés dans des emplois du niveau de la catégorie C par les collectivités et établissements mentionnés à l'article 2 de la présente loi par des contrats de droit public ayant pour objet de leur permettre d'acquérir, par une formation en alternance avec leur activité professionnelle, une qualification en rapport avec l'emploi dans lequel ils ont été recrutés ou, le cas échéant, le titre ou le diplôme requis pour l'accès au cadre d'emplois dont relève cet emploi* ».

²⁵¹ Les alinéas 9, 10 et 11 de l'article 38 bis de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 prévoient ainsi que : « *Au terme de son contrat, après obtention, le cas échéant, du titre ou du diplôme requis pour l'accès au cadre d'emplois 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, l'intéressé est titularisé dans le cadre d'emplois correspondant à l'emploi qu'il occupait. / La commission de titularisation prend en compte les éléments figurant au dossier de l'intéressé. / La titularisation intervient à la fin de la durée initialement prévue du contrat sans qu'il soit tenu compte de la prolongation imputable à l'un des congés énumérés au huitième alinéa* ».

²⁵² Il convient de signaler que ce nouvel article 38 bis a été modifié par l'article 94 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013 (Loi n°2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013. *JORF*, 18 décembre 2012, n°0294, p. 19821). Cette modification ne porte que sur le huitième alinéa de l'article 38 bis, qui concerne le renouvellement du contrat dans la limite de durée de certains congés. Le congé de paternité est modifié en « *des congés de paternité et d'accueil de l'enfant* ».

²⁵³ Loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté. *JORF*, 28 janvier 2017, n°0024, texte n°1. Article 162.

²⁵⁴ Décret n°2005-904 du 2 août 2005 pris pour l'application de l'article 38 bis de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 4 août 2005, n°180, p. 12762.

publicité par les collectivités territoriales désirant employer ce dispositif²⁵⁵. Les candidatures reçues²⁵⁶ doivent faire l'objet d'un examen par une commission de sélection composée d'au moins trois membres : « un membre désigné parmi les personnels des organismes publics concourant au service public de l'emploi, un représentant de la ou des collectivités ou du ou des établissements publics dans lesquels des postes sont à pourvoir, ainsi qu'une personnalité compétente extérieure à ces collectivités ou établissements publics, qui en assure la présidence²⁵⁷ ». Après examen des dossiers de candidature, une liste restreinte de postulants est auditionnée, puis la commission arrête une liste définitive de candidats qu'elle transmet, accompagnée d'appréciations, à l'autorité territoriale²⁵⁸. Cette dernière peut alors procéder au recrutement contractuel des candidats qui lui paraissent les plus à même de répondre à ses attentes²⁵⁹.

Les contrats ainsi conclus relèvent du droit public²⁶⁰ et sont obligatoirement à durée déterminée. Il est prévu qu'ils ne peuvent être d'une durée inférieure à douze mois ni d'une durée supérieure à deux ans, sous réserve d'un éventuel renouvellement ou d'une

²⁵⁵ L'article 6 du décret n°2005-904 du 2 août 2005 prévoit en effet que : « Les recrutements organisés en application de l'article 2 font l'objet d'une publicité préalable dans les conditions suivantes : / 1° Des avis de recrutement précisent le nombre des postes et la nature des emplois à pourvoir, l'intitulé du contrat, les conditions à remplir par les candidats, ainsi que la date limite de dépôt des candidatures. Ces avis mentionnent que seront seuls convoqués à l'audition prévue à l'article 8 les candidats préalablement retenus par la commission mentionnée au même article. / 2° Ces avis sont affichés, un mois au moins avant la date limite de dépôt des candidatures : / a) Dans les locaux du centre de gestion de la fonction publique territoriale, de la collectivité ou de l'établissement public organisant la sélection des candidats ; / b) Dans les agences locales de l'Agence nationale pour l'emploi situées dans le ou les départements où les emplois sont offerts. Ces avis sont transmis aux directeurs départementaux du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle de ce ou de ces mêmes départements pour diffusion au sein du réseau des organismes concourant au service public de l'emploi et notamment les associations pour l'emploi dans l'industrie et le commerce, les missions locales, les maisons pour l'emploi ; / 3° Ces avis sont également publiés au moins un mois avant la date limite de dépôt des candidatures dans au moins un quotidien d'information générale à diffusion régionale ».

²⁵⁶ Les modalités de candidature sont déterminées par l'article 7 du décret n°2005-904 du 2 août 2005 : « Les candidats adressent leur candidature, accompagnée d'un descriptif de leur parcours antérieur de formation et, le cas échéant, de leur expérience, à l'agence locale de l'Agence nationale pour l'emploi dont relève leur domicile. Les services de l'Agence nationale pour l'emploi vérifient si les candidats remplissent les conditions mentionnées à l'article 38 bis de la loi du 26 janvier 1984 susvisée et transmettent les candidatures recevables à la commission prévue à l'article 8 ».

²⁵⁷ Décret n°2005-904 du 2 août 2005 pris pour l'application de l'article 38 bis de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 4 août 2005, n°180, p. 12762. Article 8 alinéa 2.

²⁵⁸ Sur ce point, il convient de se référer aux dispositions de l'article 8 du décret n°2005-904 du 2 août 2005.

²⁵⁹ L'alinéa 5 de l'article 38 bis de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 prévoit en effet que : « la conclusion des contrats mentionnés au présent article est de la compétence exclusive de l'autorité territoriale ».

²⁶⁰ En ce sens, voir l'alinéa 1^{er} de l'article 38 bis de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984.

prolongation pour cause de congés spécifiques²⁶¹. Durant ce contrat, l'agent s'engage à suivre une formation en alternance²⁶². À l'issue sa formation, il pourra être titularisé au sein de la fonction publique territoriale²⁶³.

Il convient immédiatement de noter que « *la situation du bénéficiaire [du contrat] s'apparente sur de nombreux points à celle d'un stagiaire*²⁶⁴ ». Cela est tellement vrai que l'agent, à l'issue de son contrat et s'il satisfait aux exigences de son employeur, sera immédiatement titularisé sans être soumis à une quelconque période d'essai supplémentaire. Nous retrouvons donc là un mécanisme similaire à celui mis en œuvre concernant les agents en situation de handicap.

En instituant deux cas de discrimination positive mettant en jeu un recrutement contractuel suivi, à terme, de la titularisation des candidats, le législateur a admis que le statut ne pouvait seul répondre à l'ensemble des besoins des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

²⁶¹ Sur ce point, il convient de se référer aux dispositions des alinéas 6, 7 et 8 de l'article 38 bis de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 : « *La durée des contrats mentionnés au premier alinéa ne peut être inférieure à douze mois et ne peut être supérieure à deux ans. / 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. / Les contrats peuvent être prolongés dans la limite de la durée des congés pour maternité ou adoption ou des congés de paternité et d'accueil de l'enfant, de maladie et d'accident du travail dont a bénéficié le titulaire du contrat* ».

²⁶² L'article 9 du décret n°2005-904 du 2 août 2005 liste les dispositions devant figurer au sein du contrat de l'agent recruté. À ce titre, on note l'obligation d'y préciser « *l'intitulé précis de la qualification préparée* », « *les nom et qualité de la personne désignée en qualité de tuteur* », mais aussi « *les obligations de l'agent en matière de formation et d'activité professionnelles* ».

²⁶³ En ce sens, voir les alinéas 9, 10 et 11 de l'article 38 bis de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984, précités.

²⁶⁴ JEAN-PIERRE Didier. « Les contrats de Pacte dans la fonction publique : du pré-recrutement à la titularisation ». *JCP A*, 2005, n°39, 1325.

B – Les contrats aidés :

Les contrats aidés, qui permettent à l'employeur de bénéficier d'aides juridiques²⁶⁵ et/ou financières²⁶⁶, sont mis en œuvre dans le cadre de la politique de l'emploi qui peut être définie comme l'ensemble des mesures mises en œuvre par les pouvoirs publics afin d'accroître l'emploi et de réduire corrélativement le chômage. Leur objet est rappelé au sein de l'article L5111-1 du code du travail : « *favoriser la qualification et l'insertion de demandeurs d'emploi*²⁶⁷ ». Ces contrats « *se proposent de soutenir des populations qui n'accèdent pas à l'emploi ou qui n'arrivent pas à s'y maintenir. Les jeunes sont les premiers visés par ces dispositifs, mais ce ne sont pas les seuls, puisque d'autres catégories de demandeurs d'emploi et certains salariés âgés sont également concernés*²⁶⁸ ».

Différents types de contrats aidés ont ainsi été successivement adoptés par les pouvoirs publics. On notera sur ce point l'important travail de systématisation réalisé notamment par Monsieur le Professeur MEKHANTAR, qui dresse la liste des différents dispositifs mis en œuvre²⁶⁹ : les travaux d'utilité collective (TUC), les contrats de retour à l'embauche (CRE), les contrats emploi-solidarité (CES), les contrats emploi consolidé (CEC), les contrats initiative emploi (CIE) ou encore les contrats emploi ville (CEV)... Les dispositifs sont multiples, à tel point qu'il n'est pas exagéré d'évoquer « *le dédale des contrats aidés*²⁷⁰ ».

²⁶⁵ WILLMANN Christophe. « Les aides juridiques accordées au titre des politiques publiques de l'emploi ». *RDSS*, 2006, p. 624.

²⁶⁶ KERBOURC'H Jean-Yves. « Qu'est-ce qu'un emploi aidé ? ». *RDSS*, 2006, p. 640.

²⁶⁷ L'article L5111-1 du code du travail précise l'objet des aides à l'emploi dans leur ensemble. Cet article est rédigé de la sorte : « *Les aides à l'emploi ont pour objet : / 1° De faciliter la continuité de l'activité des salariés face aux transformations consécutives aux mutations économiques et de favoriser, à cette fin, leur adaptation à de nouveaux emplois en cas de changements professionnels dus à l'évolution technique ou à la modification des conditions de la production ; / 2° De favoriser la mise en place d'actions de prévention permettant de préparer l'adaptation professionnelle des salariés à l'évolution de l'emploi et des qualifications dans les entreprises et les branches professionnelles ; / 3° De favoriser la qualification et l'insertion de demandeurs d'emploi ; / 4° De contribuer à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes* ». Le troisième de ces objectifs s'applique pleinement aux contrats aidés.

²⁶⁸ VULBEAU Alain. « Les contrats aidés, entre complexité et précarité ». *Informations sociales*, 2007, 6, n°142, pp. 75-76. p. 75.

²⁶⁹ QUINQUETON Patrick, MEKHANTAR Joël. « L'employeur territorial et les contrats aidés ». *AJFP*, 2007, p. 271.

²⁷⁰ BOUSEZ Françoise, MARTINON Arnaud. « Le dédale des contrats aidés ». *RDSS*, 2006, p. 595.

Nous nous contenterons ici d'évoquer succinctement les seuls contrats aidés encore en vigueur pouvant être conclus par les collectivités territoriales et leurs établissements publics, et permettant de pourvoir un poste relevant d'une activité de service public administratif. À ce titre, les contrats emploi-jeunes seront exclus de cette étude, puisqu'ils ne permettent pas de pourvoir des postes relevant d'activités déjà assurées par ces dernières²⁷¹. Nous évoquerons donc successivement le contrat unique d'insertion - contrat d'accompagnement dans l'emploi, les emplois d'avenir et enfin le contrat aidé relatif aux activités d'adultes-relais.

À titre liminaire, il convient de noter que ces contrats, listés au sein du code du travail²⁷², relèvent de ce dernier tant concernant leur conclusion que leur déroulé²⁷³. L'emploi de ces contrats par une administration territoriale – explicitement prévu²⁷⁴ – ne modifiera donc en rien leur nature juridique. Le droit de l'emploi public administratif ne s'appliquera par conséquent pas à ces contrats. Systématiquement, ces contrats sont conclus pour une durée déterminée²⁷⁵ et sont liés au versement d'une aide au bénéfice de l'employeur territorial, dont

²⁷¹ Les contrats emploi-jeune, prévus aux articles L5134-1 et suivants du code du travail, est un dispositif ouvert aux administrations territoriales (en ce sens, voir article L5134-3 du code du travail). Ils ont pour objet de « *promouvoir le développement d'activités créatrices d'emplois pour les jeunes répondant à des besoins émergents ou non satisfaits et présentant un caractère d'utilité sociale, notamment dans les domaines des activités sportives, culturelles, éducatives, d'environnement et de proximité* » et sont réservés à des populations jeunes éprouvant des difficultés à trouver un emploi (en ce sens, voir article L5134-1 du code du travail). Le contrat emploi-jeune donne lieu à la signature de deux conventions : l'une avec l'État, l'autre avec la personne recrutée (en ce sens, voir article L5134-2 du code du travail). L'article L5134-5 du code du travail précise toutefois que « *lorsque les conventions sont conclues avec une personne morale de droit public, elles ne peuvent s'appliquer qu'à des activités non assurées jusqu'alors par celle-ci. / Les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent conclure ces conventions pour les emplois autres que ceux relevant de leurs compétences* ». Dès lors, les contrats emploi-jeune ne peuvent être conclus pour assurer une activité relevant d'un service public administratif territorial, raison pour laquelle ils sont exclus de la présente étude.

²⁷² En ce sens, voir chapitre IV du titre III du livre Ier de la cinquième partie de la partie législative du code du travail (articles L5134-1 et suivants du code du travail).

²⁷³ Concernant le contrat unique d'insertion – contrat d'accompagnement dans l'emploi, cela est précisé au sein de l'article L5134-24 du code du travail. Pour les emplois d'avenir, l'article L5134-112 du code du travail effectue, sur ce point, un renvoi aux dispositions applicables en matière de contrat d'accompagnement dans l'emploi, et donc aux dispositions de l'Article L5134-24 du code du travail. Enfin, pour le contrat aidé relatif aux activités d'adultes-relais, l'article L5134-103 du code du travail règle ce point.

²⁷⁴ La possibilité, pour une administration territoriale de conclure un contrat unique d'insertion – contrat d'accompagnement dans l'emploi est prévue à l'article L5134-21 du code du travail. Pour les emplois d'avenir, cette possibilité est prévue par l'article L5134-111 du code du travail. Enfin, pour les contrats aidés relatifs aux activités d'adultes-relais, cette possibilité est prévue par l'article L5134-101 du code du travail.

²⁷⁵ La durée des contrats uniques d'insertion – contrats d'accompagnement dans l'emploi, la durée déterminée du contrat est précisée aux articles L5134-25 et suivants du code du travail. Pour les emplois d'avenir, l'article L5134-115 du code du travail règle cette question. Enfin, pour les contrats aidés relatifs aux activités d'adultes-relais il convient de se référer aux dispositions de l'article L5134-103 du code du travail.

la forme et les modalités varient selon le type de contrat utilisé²⁷⁶. Ces différents contrats aidés diffèrent cependant concernant les populations visées et les objectifs qui leurs sont assignés.

Ainsi, le contrat unique d'insertion, lorsqu'il est conclu par une administration territoriale, prend la forme d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi²⁷⁷. Il a alors pour objet de « *faciliter l'insertion professionnelle des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières d'accès à l'emploi*²⁷⁸ ». Ces contrats permettent à leurs bénéficiaires de justifier d'une expérience professionnelle²⁷⁹, censée faciliter par la suite la recherche d'un nouvel emploi.

L'emploi d'avenir a quant à lui « *pour objet de faciliter l'insertion professionnelle et l'accès à la qualification des jeunes sans emploi âgés de seize à vingt-cinq ans au moment de la signature du contrat de travail soit sans qualification, soit peu qualifiés et rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi, par leur recrutement dans des activités présentant un caractère d'utilité sociale ou environnementale ou ayant un fort potentiel de création d'emplois. Les personnes bénéficiant de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé et remplissant ces mêmes conditions peuvent accéder à un emploi d'avenir lorsqu'elles sont âgées de moins de trente ans*²⁸⁰ ». Ces emplois constituent une catégorie particulière de contrat d'accompagnement dans l'emploi, précédemment évoqué²⁸¹. L'emploi occupé doit l'être à temps plein²⁸² et doit permettre à son bénéficiaire de justifier d'une expérience professionnelle ; la présentation à un examen pour acquérir un diplôme ou à un concours doit être favorisée²⁸³.

²⁷⁶ Pour les contrats uniques d'insertion – contrats d'accompagnement dans l'emploi, le mécanisme d'aides et d'exonérations est décrit aux articles L5134-30 et suivants du code du travail. Pour les emplois d'avenir, l'article L5134-113 du code du travail règle cette question. Enfin, pour les contrats aidés relatifs aux activités d'adultes-relais, une aide financière de l'État est prévue au bénéfice de l'employeur selon les dispositions de l'article L5134-108 du code du travail.

²⁷⁷ En ce sens, voir l'article L5134-19-3 du code du travail.

²⁷⁸ Article L5134-20 du code du travail.

²⁷⁹ En ce sens, voir l'article L5134-28-1 du code du travail.

²⁸⁰ En ce sens, voir l'article L5134-110 du code du travail.

²⁸¹ Article L5134-112 du code du travail.

²⁸² En ce sens, voir l'article L5134-116 du code du travail. Il doit être précisé que cette obligation d'emploi à temps plein reçoit une exception « *lorsque le parcours ou la situation du bénéficiaire le justifient, notamment pour faciliter le suivi d'une action de formation, ou lorsque la nature de l'emploi ou le volume de l'activité ne permettent pas l'emploi d'un salarié à temps complet* ».

²⁸³ En ce sens, voir l'article L5134-117 du code du travail.

Enfin, le contrat aidé relatif aux activités d'adultes-relais a pour objet « *d'améliorer, dans les quartiers prioritaires de la politique de la ville et les autres territoires prioritaires des contrats de ville, les relations entre les habitants de ces quartiers et les services publics, ainsi que les rapports sociaux dans les espaces publics ou collectifs*²⁸⁴ ». Il est réservé à des personnes âgées d'au moins 30 ans, sans emploi ou bénéficiant d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi ou d'un contrat d'avenir – qui devra dans ce cas être interrompu – « *et résidant dans un quartier prioritaire de la politique de la ville ou dans un autre territoire prioritaire des contrats de ville*²⁸⁵ ».

Tous ces contrats aidés – à finalité sociale – permettent donc aux administrations territoriales de recruter des agents pour occuper des emplois relevant éventuellement d'un service public administratif. Ces différents contrats relèvent tous du droit privé et démontrent une nouvelle fois que le statut ne peut répondre à l'ensemble des besoins des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

Enfin, un dernier cas de recrutement contractuel, cette fois lié aux circonstances de la conclusion du contrat, mérite d'être évoqué : celui de la reprise d'activité.

SECTION II – L'emploi du contrat rendu nécessaire par la reprise d'une activité déléguée :

Les administrations territoriales gèrent de nombreux services publics au moyen d'une délégation de service public²⁸⁶. Si un tel mécanisme est régulièrement employé dans le cadre des services publics industriels et commerciaux, il peut également l'être dans le cadre d'un service public administratif, même s'il convient de signaler que ce cas est beaucoup plus rare.

²⁸⁴ En ce sens, voir l'article L5134-100 du code du travail.

²⁸⁵ En ce sens, voir l'article L5134-102 du code du travail.

²⁸⁶ L'article L1411-1 alinéa 1 du Code Général des Collectivités Territoriales définit la délégation de service public : « *Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix* ».

Le Conseil d'État, au sein d'un avis rendu le 7 octobre 1986, a précisé que « *le caractère administratif d'un service public n'interdit pas à la collectivité territoriale compétente d'en confier l'exécution à des personnes privées, sous réserve, toutefois, que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assumés que par la collectivité territoriale elle-même*²⁸⁷ ».

Parfois, les nécessités de service ou même une volonté d'optimisation conduisent l'administration à reprendre en régie directe une activité autrefois exercée pour son compte par une personne morale de droit privée. Dans un tel cas de figure, se pose la question du devenir des contrats de travail – obligatoirement de droit privé – conclus par cette dernière. La réponse à une telle question est aujourd'hui aisée : l'article L1224-3 du code du travail détaille précisément les conséquences d'une telle opération. Ainsi : « *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. / Sauf disposition légale ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contraires, le contrat qu'elle propose reprend les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération. / Les services accomplis au sein de l'entité économique d'origine sont assimilés à des services accomplis au sein de la personne publique d'accueil. / 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*²⁸⁸ ».

Il est donc aujourd'hui évident qu'une telle reprise d'activité conduit la personne publique à proposer la conclusion de contrats de droit public à l'ensemble des salariés repris. Il s'agit par conséquent, là encore, d'un cas spécifique dans lequel une administration territoriale est tenue d'employer le contrat comme mode de recrutement de ses agents, quel que soit le type d'emploi qu'ils occuperont. Ainsi, même en présence d'un emploi permanent, c'est un recrutement contractuel qui devra être mis en place. Cela démontre une nouvelle fois

²⁸⁷ CE, avis, 7 octobre 1986, *secrétaire d'État auprès du ministre de l'Intérieur chargé des collectivités locales*, n°340609.

²⁸⁸ Article L1224-3 du code du travail.

que le statut n'est pas adapté à l'ensemble des situations auxquelles font face les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

Les conséquences d'une telle reprise d'activité en régie directe n'ont pas toujours été aussi claires et ont d'ailleurs donné lieu à un contentieux particulièrement intéressant. Une étude chronologique des divers bouleversements intervenus en la matière nous semble indispensable à la parfaite compréhension de cette évolution.

C'est ainsi que nous nous attarderons sur le droit applicable jusqu'à l'intervention de la Cour de Justice des Communautés Européennes et son arrêt *Mayeur*²⁸⁹. Il convient en effet de noter que la jurisprudence nationale était initialement opposée à la poursuite des contrats de travail en cas de reprise en régie d'un service public administratif autrefois délégué (§1). Ensuite, nous nous intéresserons à l'influence de cet arrêt sur la jurisprudence et la législation françaises (§2).

§1 – Une jurisprudence nationale initialement opposée à la poursuite des contrats de travail en cas de reprise en régie d'un service public administratif délégué :

L'alinéa 2 de l'article L122-12 du Code du Travail, dans sa rédaction héritée de la loi du 19 juillet 1928²⁹⁰, précisait que : « *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*²⁹¹ ». La Cour de Cassation, sur la base de ces dispositions, considérait que « *la reprise d'une activité par un service public administratif est exclusive de l'application de l'article L122-12 alinéa 2 du code du travail*²⁹² », sous réserve

²⁸⁹ CJCE, 26 septembre 2000, *Didier Mayeur et Association promotion de l'information messine (APIM)*, C-175/99, § 33. *RJS*, 1/01, n°138. *Droit du travail et de la sécurité sociale*, 1^{er} décembre 2000, n°12, note PH Antonmattei.

²⁹⁰ En ce sens : GLASER Emmanuel. « Conclusions rendues à l'occasion de l'arrêt CE, 22 octobre 2004, *M. Lamblin*, n°245154 ». *RGCT*, 2005, n°33, pp. 106-116.

²⁹¹ Article L122-12 du Code du Travail, dans sa rédaction issue de la loi n°91-72 du 18 janvier 1991 relative au conseiller du salarié.

²⁹² En ce sens, voir les jurisprudences suivantes (signalées par : GLASER Emmanuel. « Conclusions rendues à l'occasion de l'arrêt CE, 22 octobre 2004, *M. Lamblin*, n°245154 ». *RGCT*, 2005, n°33, pp. 106-116. p. 107) :

que « *le gestionnaire de ce service [soit] une personne publique*²⁹³ ». En d'autres termes, depuis 1928, le droit applicable pouvait se résumer de la sorte : lorsque l'activité reprise en régie par une personne publique était industrielle et commerciale, les contrats de travail devaient être maintenus à l'identique²⁹⁴ ; au contraire, dès lors que l'activité reprise en régie était une activité de service public à caractère administratif, les contrats de travail n'avaient pas à être poursuivis²⁹⁵. On observait ainsi une dichotomie particulièrement marquée selon la nature administrative ou industrielle et commerciale de l'activité reprise en régie.

Toutefois, cet état de fait a été bouleversé par la Cour de Justice des Communautés Européennes. Au sein de son arrêt *Mayeur*, rendu le 26 septembre 2000²⁹⁶, la Cour a eu à interpréter la conformité du droit français à la directive n°77/187/CEE du 14 février 1977²⁹⁷, codifiée par la directive n°2001/23/CEE du Conseil du 12 mars 2001²⁹⁸. D'application directe, cette directive n'avait jamais été transposée par la France, cette dernière « *estimant que l'article L122-12 [du code du travail] suffisait à remplir les objectifs qu'elle imposait*²⁹⁹ ». Au sein de cet arrêt, la Cour a précisé que « *les articles 1^{er}, paragraphe 1, et 2, sous b), de la directive 77/187 ne permettent (...) pas d'exclure du champ d'application de celle-ci le transfert d'une activité économique d'une personne morale de droit privé à une personne*

Cass. soc., 7 octobre 1992, *Monsieur Lazareff contre Mairie de Soulac*. Bull. civ. V, n°500. Ou encore : Cass. soc., 8 novembre 1978, *Dame Lelieur contre Frery liquidateur de la piscine de la Dame Blanche*. Bull. civ. V, n°743 ; Cass. soc., 30 juin 1983, *Dame Gaspard contre Ville de Vandoeuvre*. Dr. Soc., 1984.91, note H. Blaise ; Cass. soc., 24 octobre 1989, *Société clinique de Nouméa et autres contre Monsieur Rousseau*. Bull. civ. V, n°609.

²⁹³ MONDOU Christophe. « Commentaire de l'arrêt CE, 22 octobre 2004, *M. Lamblin*, n°245154 ». RGCT, 2004, n°33, pp. 117-126. L'auteur fait ici référence à un arrêt rendu par la Cour de Cassation (Cass. soc., 2 mars 1999, *SAFER de Corse contre Julian et autres*. RJS, 4/99, n°479 : « *Attendu, ensuite, que si l'article L122-12 ne s'applique pas lorsque l'activité est reprise par une personne publique gérant un service public administratif, il n'en est pas de même lorsque celui qui poursuit l'activité est une personne de droit privée, même investie d'une mission de service public, comme c'est le cas avec la SAFER* »).

²⁹⁴ En ce sens, voir notamment : Cass. soc., 7 octobre 1992, *SA Cie des eaux et de l'Ozone*. Bull. civ. V, n°499 ; Cass. soc., 7 octobre 1992, *Monsieur Lazareff contre Mairie de Soulac*. Bull. civ. V, n°500.

²⁹⁵ SAINT-JOURS Yves. « De l'application de l'article L122-12 alinéa 2 du code du travail en cas de modification du mode de gestion publique ou privée d'un service public ». JCP E, 1986, I, n°15354, p.159.

²⁹⁶ CJCE, 26 septembre 2000, *Didier Mayeur et Association promotion de l'information messine (APIM)*, C-175/99, § 33. RJS, 1/01, n°138. *Droit du travail et de la sécurité sociale*, 1^{er} décembre 2000, n°12, note PH Antonmattei.

²⁹⁷ Directive n°77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements. JOCE, n°L061, 5 mars 1977, pp. 26-28.

²⁹⁸ Directive 2001/23/CE du Conseil 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. JOCE, n°L082, 22 mars 2001, pp. 16-20.

²⁹⁹ GLASER Emmanuel. « Conclusions rendues à l'occasion de l'arrêt CE, 22 octobre 2004, *M. Lamblin*, n°245154 ». RGCT, 2005, n°33, pp. 106-116.

morale de droit public, en raison du seul fait que le cessionnaire de l'activité est un organisme de droit public ». Ce faisant, la Cour a remis en cause la totalité de la jurisprudence alors en vigueur.

§2 – L'influence de la Cour de Justice des Communautés Européennes sur la jurisprudence et la législation françaises :

La Cour de Cassation³⁰⁰ et le Tribunal des Conflits³⁰¹ ont rapidement pris acte de l'interprétation de la directive n°77/187/CEE du 14 février 1987³⁰² effectuée par la Cour de Justice des Communautés Européennes³⁰³, modifiant leur jurisprudence en conséquence et confirmant donc l'applicabilité de l'article L122-12 alinéa 2 du code du travail en cas de reprise en régie directe d'un service public administratif. La personne publique se devait donc de reprendre les contrats de travail précédemment conclus par la personne privée mais la question des modalités d'application de cette reprise n'était pas résolue : la personne publique

³⁰⁰ La Cour de Cassation a alors, à compter de l'arrêt rendu par la CJCE, considéré que « *la seule circonstance que le cessionnaire soit un établissement public à caractère administratif lié à son personnel par des rapports de droit public ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de l'entité économique transférée* ». Ce faisant, la Cour de Cassation a reconnu l'applicabilité de l'article L122-12 du code du travail à la reprise en régie, par une personne publique, d'une activité autrefois exercée par une personne privée, qu'il s'agisse d'un service public administratif ou service public industriel et commercial. En ce sens, pour illustration : Cass. soc., 25 juin 2002, *Association pour la garantie des salaires (AGS) de Paris contre Hamon*, n°01-43.500. *Bull. civ. V*, 2002, n°209. *AJDA*, 2002, p. 695, note S. Pugeault. *Dr. Soc.*, 2002, p. 1013, note A. Mazeaud. *JCP G*, 2002, II, 10171, note G. Clamour. *LPA*, 3 mars 2003, p. 13, note Mahinga.

³⁰¹ Par une première décision, en date du 15 mars 1999 (TC, 15 mars 1999, *Faulcon contre Commune de Châtellerault*, n°03097. *Dr. Soc.*, 1999, p. 673, concl. Jerry Sainte-Rose), le Tribunal des Conflits a précisé, concernant le directeur d'un service public industriel et commercial repris en régie par une Commune, qu'en l'absence de tout acte positif de la personne publique venant placer l'intéressé sous un régime de droit public, son contrat de droit privé est maintenu. Le Tribunal des Conflits a ensuite eu l'occasion d'élargir cette première jurisprudence au cas de la reprise en régie directe d'un service public administratif (TC, 19 janvier 2004, *Madame Devun et autres contre Commune de Saint-Chamond*, n°3393. *AJDA*, 2004, n°8, p. 432, chronique F. Donnat et D. Casas. *RJEP*, 2004, notre TX Girardot. *Dr. Soc.*, 2004, p. 433, note A. Mazeaud. *Gaz. Pal.*, 8 août 2004, n°221, p. 4, note S. Macaire. *AJFP*, 2004, p. 118, note P. Journé. Il est également possible de citer, dans le même sens : TC, 26 juin 2004, *Commune de Saint Léger sur Roanne*, n°3415. *AJFP*, 2004, n°5, p.235). À cette occasion, le Tribunal des Conflits a rappelé une nouvelle fois que « *tant que le nouvel employeur public n'a pas placé les salariés dans un régime de droit public (...) le juge judiciaire est (...) seul compétent pour statuer sur les litiges nés du refus (...) de poursuivre l'exécution de ce contrat de travail* ».

³⁰² Directive 2001/23/CE du Conseil 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. *JOCE*, n°L082, 22 mars 2001, pp. 16–20.

³⁰³ CJCE, 26 septembre 2000, *Didier Mayeur et Association promotion de l'information messine (APIM)*, C-175/99, § 33. *RJS*, 1/01, n°138. *Droit du travail et de la sécurité sociale*, 1^{er} décembre 2000, n°12, note PH Antonmattei.

se devait-elle de continuer les contrats de droit privé, de titulariser ces agents ou encore de leur proposer un contrat de droit public ? Ce contrat devait-il reprendre la totalité des dispositions du précédent contrat de droit privé, même en ce qu'il a de contraire aux principes gouvernant le droit de l'emploi public administratif ? Au contraire, ce nouveau contrat de droit public devait-il être adapté aux exigences du droit de l'emploi public administratif ? Dans l'affirmative, dans quelle mesure cette adaptation pouvait-elle être effectuée ? Il sera nécessaire d'attendre que le Conseil d'État se prononce sur ce point de droit pour enfin entrapercevoir quelques réponses à ces questionnements.

Le Conseil d'État s'est prononcé sur cette question à l'occasion de son arrêt *Lamblin*, rendu le 22 octobre 2004³⁰⁴. La haute juridiction a alors précisé 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, où des dispositions législatives ou réglementaires n'y font pas obstacle ; que, dans cette dernière hypothèse, le refus des salariés d'accepter les modifications qui résulteraient de cette proposition implique leur licenciement par la personne publique, aux conditions prévues par le droit du travail et leur ancien contrat* ». Il convient tout d'abord de noter que le Conseil d'État émet deux réserves à son analyse : l'absence de dispositions législatives spécifiques à ce cas de figure – il ne s'agit là ni plus ni moins que d'une « *invitation faite (...) au législateur d'avoir à légiférer sur le devenir des contrats de travail de droit commun transférés à des personnes de droit public*³⁰⁵ » – ainsi que l'absence de changement d'identité de l'entité transférée. Sous ces deux réserves, le Conseil d'État confirme l'obligation faite aux personnes publiques de reprendre le contrat précédemment conclu par la personne privée et laisse une marge de manœuvre assez conséquente aux autorités administratives, leur donnant

³⁰⁴ CE, 22 octobre 2004, *M. Lamblin*, n°245154. *AJDA*, 2004, p. 2153, chron. C. Landais, F. Lenica. *JCP A*, 2004, 1788, note D. Jean-Pierre. *AJFP*, 2005, n°1, pp. 20-21. *BJCL*, n°1/05, p. 37, concl. E. Glaser, note A. Robineau-Israël et M. Vialettes. *RFDA*, 2005, p. 187, concl. E. Glaser. *RFDA*, 2005, p. 1205, note G. Clamour. *RGCT*, 2004, n°33, pp. 106-116, concl. E. Glaser. *RGCT*, 2004, n°33, pp. 117-126, comm. C. Mondou. *RGCT*, 2004, n°33, pp. 127-132, comm. N. Etcheverry.

³⁰⁵ ETCHEVERRY Nathalie. « Commentaire de l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 22 octobre 2004, *M. Lamblin*, n°245154 ». *RGCT*, 2004, n°33, pp. 127-132, p. 129.

la possibilité de maintenir le contrat tel quel – et par conséquent son régime de droit privé – ou de proposer un contrat de droit public reprenant l'ensemble des clauses de l'ancien contrat en les adaptant si nécessaire aux exigences du droit de l'emploi public administratif. Le Conseil d'État précise également que pour le cas où le salarié refuserait ce nouveau contrat de droit public, il devra nécessairement être procédé à son licenciement sur la base de son ancien contrat de travail de droit privé. Par là-même, toute titularisation des personnels repris est écartée : le Conseil d'État affirme avec force que seul le mécanisme contractuel peut permettre d'assurer le respect des prescriptions de la directive n°77/187/CEE du 14 février 1987³⁰⁶.

Les pouvoirs publics finiront par se plier à l'invitation formulée par le Conseil d'État au sein de son arrêt *Lamblin*³⁰⁷, en refusant toutefois de légaliser cette jurisprudence. Par la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005³⁰⁸, le législateur infirme la possibilité, pour l'administration, de maintenir en état les contrats de droit privé précédemment conclus, obligeant soit à la conclusion d'un nouveau contrat de droit public, soit au licenciement pur et simple de l'agent concerné. Il s'agit là « *pour la doctrine majoritaire, (...) d'un bienfait : les catégories semblent claires et clarifiées et il n'est plus possible qu'un contractuel de droit privé soit employé par une personne publique dans le cadre d'un SPA*³⁰⁹ ». Toutefois, et comme le remarque fort justement Monsieur le Professeur TOUZEIL-DIVINA, cette intervention législative n'a pas été sans créer une nouvelle difficulté : « *ladite loi ne sera pas rétroactive [et] cela implique que l'ensemble des contrats de droit privé maintenus entre 2002 et 2005 ne deviendront pas de droit public (sauf intervention du législateur ou novation contractuelle)*³¹⁰ ». Il convient en effet de noter que plusieurs jurisprudences ont été rendues

³⁰⁶ Directive 2001/23/CE du Conseil 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. *JOCE*, n°L082, 22 mars 2001, pp. 16–20.

³⁰⁷ CE, 22 octobre 2004, *M. Lamblin*, n°245154. *AJDA*, 2004, p. 2153, chron. C. Landais, F. Lenica. *JCP A*, 2004, 1788, note D. Jean-Pierre. *AJFP*, 2005, n°1, pp. 20-21. *BJCL*, n°1/05, p. 37, concl. E. Glaser, note A. Robineau-Israël et M. Vialettes. *RFDA*, 2005, p. 187, concl. E. Glaser. *RFDA*, 2005, p. 1205, note G. Clamour. *RGCT*, 2004, n°33, pp. 106-116, concl. E. Glaser. *RGCT*, 2004, n°33, pp. 117-126, comm. C. Mondou. *RGCT*, 2004, n°33, pp. 127-132, comm. N. Etcheverry.

³⁰⁸ Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183.

³⁰⁹ TOUZEIL-DIVINA Mathieu. « L'article L. 122-12 du code du travail confronté au droit public ». *AJFP*, 2006, p. 172.

³¹⁰ *Ibidem*.

antérieurement à l'adoption de la loi n°2005-843³¹¹ et ont donc fait application de la jurisprudence *Lamblin*³¹² en considérant comme valables les contrats de droit privé repris sans modification aucune par la personne publique chargée de l'exercice d'un service public administratif³¹³. Le législateur ne s'est jamais saisi de cette difficulté. Il a par la suite procédé à l'abrogation de l'article L122-12 du code du travail³¹⁴, remplacé par un nouvel article L1224-3 dont le dernier alinéa a été modifié par l'article 24 de la loi n°2009-972 du 3 août 2009³¹⁵. Sa rédaction actuelle est la suivante : « *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* ». Auparavant, cet alinéa était rédigé de la sorte : « *en cas de refus des salariés d'accepter les modifications de leur contrat, la personne publique procède à leur licenciement, dans les conditions prévues par le présent code et par leur contrat* ». La nouvelle rédaction de cet alinéa permet de simplifier le régime juridique applicable en cas de refus par le salarié du contrat de droit public qui lui est proposé. En effet, en précisant désormais que le contrat prend fin de plein droit et non plus que la personne publique doit procéder au licenciement de l'intéressé, de nombreux écueils procéduraux sont susceptibles d'être évités. Nous ne pouvons que saluer cette volonté de simplifier un régime au demeurant particulièrement complexe.

La reprise d'activité ici évoquée conduit la personne publique à proposer la conclusion de nouveaux contrats de droit public à l'ensemble des salariés repris. Malgré l'évolution ici étudiée, jamais il n'a été question de procéder à la titularisation de ces agents, preuve

³¹¹ Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183.

³¹² CE, 22 octobre 2004, *M. Lamblin*, n°245154. *AJDA*, 2004, p. 2153, chron. C. Landais, F. Lenica. *JCP A*, 2004, 1788, note D. Jean-Pierre. *AJFP*, 2005, n°1, pp. 20-21. *BJCL*, n°1/05, p. 37, concl. E. Glaser, note A. Robineau-Israël et M. Vialettes. *RFDA*, 2005, p. 187, concl. E. Glaser. *RFDA*, 2005, p. 1205, note G. Clamour. *RGCT*, 2004, n°33, pp. 106-116, concl. E. Glaser. *RGCT*, 2004, n°33, pp. 117-126, comm. C. Mondou. *RGCT*, 2004, n°33, pp. 127-132, comm. N. Etcheverry.

³¹³ En ce sens, voir les arrêts signalés par Monsieur le Professeur TOUZEIL-DIVINA (TOUZEIL-DIVINA Mathieu. « L'article L. 122-12 du code du travail confronté au droit public ». *AJFP*, 2006, p. 172) : CAA Douai, 14 décembre 2004, *Commune de Grand-Couronne*, n°02DA01006. *Coll. terr.*, mars 2005, p. 19, note Bentolila. Ou encore : CE, 4 avril 2005, *Commune de Reichshoffen*, n°258542 à 258545.

³¹⁴ Ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative). *JORF*, 13 mars 2007, p. 4740.

³¹⁵ Loi n°2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique. *JORF*, 6 août 2009, p. 13116.

supplémentaire de l'impossibilité, pour le statut, de répondre à l'ensemble des besoins des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

Également, et au surplus, il convient de noter que l'administration territoriale, lorsqu'elle devra procéder au renouvellement des contrats de droit public ainsi conclus, devra s'assurer – pour le cas où ces emplois seraient considérés comme permanents – que cette possibilité lui est offerte par les textes, et par conséquent que ce nouveau recrutement contractuel répond bien à l'un des cas précédemment exposés.

CONCLUSION :

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que le recrutement contractuel est indispensable au fonctionnement quotidien des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Certains de leurs besoins particuliers ne peuvent en effet être satisfaits que par ce mode de recrutement. Cela démontre une nouvelle fois que le statut n'est pas à même de satisfaire l'ensemble des besoins des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. En conséquence, les administrations territoriales ne sont pas en mesure d'exécuter correctement l'ensemble des missions relevant de leurs compétences via le seul recrutement statutaire.

TITRE 1

CONCLUSION

Alors que le statut est censé constituer la pierre angulaire de l'emploi public administratif territorial, nous avons pu constater que le contrat, en tant qu'outil de recrutement, s'est progressivement immiscé en son sein. Les cas de recrutements contractuels se sont en effet multipliés et répondent tant aux insuffisances pratiques du recrutement statutaire³¹⁶ qu'à des contingences particulières³¹⁷.

Cela démontre donc parfaitement que le statut n'est pas en mesure de satisfaire l'ensemble des besoins des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. En cela, il est donc possible de relever l'inadaptation du statut à l'ensemble des missions de l'emploi public administratif territorial.

Au surplus, en multipliant les cas de recrutements contractuels, le législateur a créé une indéniable confusion au sein de l'emploi public administratif territorial. L'un des principes fondateurs du statut de la fonction publique territoriale était de mettre un terme à la « balkanisation³¹⁸ » de cet emploi, de lui assurer une cohérence d'ensemble – censée justement être assurée par le recrutement statutaire. Les multiples recrutements contractuels pouvant être mis en œuvre mettent à mal une telle logique, à tel point que nous considérons possible d'identifier là la possible amorce d'une perte de repère de l'emploi public administratif territorial.

En tout état de cause, et malgré la multiplicité des cas de recrutement précédemment évoqués, il convient pour l'instant de nuancer notre propos. En effet, nous ne pouvons pas véritablement évoquer l'inadaptation du statut aux missions de l'emploi public administratif territorial – voire même une quelconque perte de repère de cet emploi – si les recrutements

³¹⁶ En ce sens, voir partie I / titre 1 / chapitre 1 de la présente thèse.

³¹⁷ En ce sens, voir partie I / titre 1 / chapitre 2 de la présente thèse.

³¹⁸ JEAN-PIERRE Didier. « De l'arrêt « Cadot » au principe de parité ». *IAJ*, 2009, n°10, pp. 4–12. p.8.

contractuels ne sont que marginaux et exceptionnels. Tel n'est cependant pas le cas, puisque le recrutement contractuel est très largement banalisé au sein de l'emploi public administratif territorial.

TITRE 2

UNE INADAPTATION SOULIGNÉE

PAR LA BANALISATION

DU RECRUTEMENT CONTRACTUEL

Par principe, le recrutement contractuel doit être exceptionnel. Les cas de recrutement sont limitativement énumérés par le législateur. Au surplus, le juge administratif veille scrupuleusement au respect des conditions de recrutement. Toutefois, malgré les efforts du juge, le recrutement contractuel est aujourd’hui complètement banalisé, de sorte que l’inadaptation du statut aux missions de l’emploi public administratif territorial est d’autant plus soulignée, mise en exergue.

Ainsi, et en premier lieu, les agents contractuels recrutés sur des emplois permanents peuvent désormais être intégrés sur le long terme au sein des effectifs de la fonction publique territoriale. Ces agents peuvent en effet aujourd’hui être embauchés sur la base d’un contrat à durée indéterminée, ce qui n’a pas toujours été le cas (CHAPITRE 1). Ce faisant, le législateur a atténué l’une des différences fondamentales entre l’agent contractuel occupant un emploi permanent et l’agent statutaire : la durée du recrutement. En instaurant un second mode de recrutement pérenne, le législateur a donc admis que le statut n’était pas en mesure de satisfaire durablement l’ensemble des besoins des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

Dans un second temps, nous nous attarderons sur un phénomène que l’on pourrait qualifier d’institutionnalisation du recrutement contractuel. Ce recrutement est en effet quantitativement important et stable depuis de nombreuses années, de sorte que l’utilisation du contrat est constante, institutionnalisée (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1

LE CONTRAT, OUTIL DE RECRUTEMENT

DÉSORMAIS PÉRENNE

La banalisation du contrat comme outil de recrutement, au sein de l'emploi public administratif territorial, s'explique en partie par la possibilité désormais offerte aux administrations locales d'avoir recours à des contrats à durée indéterminée pour les agents occupant des emplois permanents³¹⁹. Une telle question ne se pose pas pour les agents recrutés sur des emplois non permanents, puisque l'essence même de leur recrutement ne peut être que temporaire, le besoin à satisfaire l'étant également. De même, ne sont pas concernés par cette évolution les vacataires – pour les mêmes raisons de principe – ainsi que les assistants familiaux et maternels et les emplois fonctionnels, dont le régime est totalement dérogatoire. A fortiori et fort logiquement, les bénéficiaires de contrats aidés sont eux exclus aussi de cette pérennisation de l'emploi contractuel.

Le recrutement contractuel à durée indéterminée sur des emplois permanents n'a pas toujours été possible. En effet, la jurisprudence a d'abord exclu, sauf cas spécifiques, une telle pérennisation de l'emploi contractuel (SECTION I). C'est le législateur lui-même, au gré de réformes successives, qui a progressivement fait entrer le contrat à durée indéterminée au sein de l'emploi public administratif territorial (SECTION II).

³¹⁹ En ce sens, voir notamment : BENTOLILA Pierre. « Éligibilité et recours au CDI dans la fonction publique territoriale : premier bilan de l'application de la loi du 26 juillet 2005 ». *AJFP*, 2011, p. 181.

SECTION I - Le rejet jurisprudentiel du contrat à durée indéterminée à défaut de tout texte le prévoyant explicitement :

Le statut général de la fonction publique³²⁰ et le statut spécifique de la fonction publique territoriale³²¹ admettent les recrutements contractuels, mais les traitent comme des exceptions. Or, « *il est certain qu'il est de l'essence même de recrutements exceptionnels de n'être conclus que pour une durée limitée*³²² », raison pour laquelle les recrutements contractuels pérennes ont été exclus. C'est d'ailleurs toute la construction statutaire qui repose sur l'idée que seuls les fonctionnaires ont vocation à occuper des emplois permanents³²³, raison pour laquelle la durée maximale de chaque recrutement contractuel a été précisée au sein de chacune des exceptions au principe du recrutement statutaire, et ce dès la rédaction initiale de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984³²⁴. Dans cette optique, les juges ont censuré une délibération mettant en place un système de carrière pour les agents contractuels, réaffirmant par là même le caractère temporaire de tels recrutements³²⁵.

Cette construction législative paraît pour le moins claire et complète, même si le législateur n'a pas, dès l'origine, entendu spécifiquement exclure toute possibilité de recrutement contractuel à durée indéterminée sur les emplois permanents. Le législateur n'a d'ailleurs pas non plus limité immédiatement le nombre de renouvellements des contrats à durée déterminée conduisant de facto à des situations où des recrutements, bien qu'effectués par le biais de contrats à durée déterminée successifs, constituaient en réalité des embauches pérennes. En effet, « *il n'est pas rare que les collectivités aient recours [au contrat] en dehors des cas où un recrutement de cette sorte serait légitime*³²⁶ ». En tout état de cause, selon les

³²⁰ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174.

³²¹ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

³²² COUDRAY Olivier. « Le recrutement d'un agent public pour une durée déterminée et la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée ». *RFDA*, 1996, p. 819.

³²³ POCHARD Marcel. « Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la fonction publique ». *CFPA*, 2002, n°213, pp. 3-7.

³²⁴ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

³²⁵ CE, 30 juin 1993, *Préfet de la région Martinique contre communes de Sainte-Marie du Robert*, n°120658, n°129984 et n°129985. *Leb.*, tables p. 856.

³²⁶ COUDRAY Olivier. « Le recrutement d'un agent public pour une durée déterminée et la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée ». *RFDA*, 1996, p. 819.

principes sus évoqués, la jurisprudence a dégagé avec l'arrêt *Bayeux*³²⁷ le principe selon lequel tout recrutement contractuel est à durée déterminée à défaut de tout texte prévoyant la possibilité d'un recrutement contractuel pérenne (§2). Toutefois, la jurisprudence ne s'est pas toujours montrée aussi absolue, hésitant longtemps à laisser subsister quelques exceptions à ce principe (§1).

Avant d'étudier plus avant le contrat à durée indéterminée, et afin d'y apporter une définition par la négative, il convient de définir plus précisément ce qu'est un contrat à durée déterminée. Le critère de distinction à utiliser « *est simple : c'est un contrat qui comporte un terme certain. C'est le cas d'un engagement qui précise la date à laquelle il expire, ou d'un contrat conclu pour une durée précise. De même, est à durée déterminée, un contrat qui fait référence à une date, même non déterminée, pourvu qu'elle soit déterminable*³²⁸ ». Ainsi, et à titre d'exemple, un contrat qui prévoit comme terme « *[le] retour de l'agent remplacé*³²⁹ » est un contrat à durée déterminée.

Cette qualification est importante. En effet, dès 1957, le Conseil d'État, au sein de son arrêt *Dame Aknin*³³⁰, affirme qu'un agent contractuel ne dispose d'aucun droit de quelque nature que ce soit au renouvellement de son contrat dès lors que son terme est explicitement précisé. Cette solution est par la suite confirmée³³¹. Ainsi, dès lors que le contrat est conclu à durée déterminée, l'échéance du terme du contrat entraîne de plein droit la fin de l'engagement de l'intéressé. Tel n'est pas le cas lorsque le contrat de l'intéressé ne contient aucun terme déterminé ou déterminable : il s'agit alors d'un contrat à durée indéterminée.

³²⁷ CE sect., 27 octobre 1999, *Bayeux*, n°178412. *Leb.*, p. 335. *CFPA*, 2000, p. 28, concl. J.-H. Stahl. *DA*, 1999, n°306.

³²⁸ COUDRAY Olivier. « Le recrutement d'un agent public pour une durée déterminée et la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée ». *RFDA*, 1996, p. 819.

³²⁹ En ce sens, voir notamment les arrêts signalés par Olivier COUDRAY au sein de son article précité : CE, 3 octobre 1979, *Nicolas*, n°12042. *Leb.*, p. 360. Ou encore : CE, 27 avril 1994, *Commune de Chartres contre Le Nouene*, n°106989. *Leb.*, tables p. 1016.

³³⁰ CE, 5 juillet 1957, *Dame Aknin*, n°38049. *Leb.*, p. 447.

³³¹ En ce sens, voir notamment : CE, 15 juillet 1964, *Melle Gontarbert*, n°57740. *Leb.* p. 431.

§1 – Le principe quasi-absolu du recrutement contractuel à durée déterminée :

La jurisprudence antérieure à l'arrêt *Bayeux*³³² s'est très rapidement montrée intransigeante quant à la durée du recrutement des agents contractuels des services publics administratifs (A), sans pour autant consacrer au rang de principe absolu le recrutement contractuel sur emploi permanent à durée déterminée. En effet, quelques rares exceptions ont longtemps subsisté (B).

A. Le principe du recrutement contractuel à durée déterminée :

La jurisprudence administrative s'est très rapidement montrée exigeante sur la durée du contrat de recrutement d'un agent sur un emploi permanent. En effet, malgré diverses évolutions législatives concernant les contrats à durée déterminée de droit privé, le juge administratif a affirmé la spécificité du droit de l'emploi public administratif, refusant de requalifier une succession de contrats à durée déterminée en contrat à durée indéterminée. Les juges ont donc œuvré en faveur de l'absence de pérennisation du recrutement contractuel au sein de l'emploi public administratif contractuel.

La loi n°79-11 du 3 janvier 1979³³³, relative au contrat de travail à durée déterminée de droit privé, a marqué la première intervention du législateur français en la matière. L'article 4 de cette loi a inséré au sein du code du travail un nouvel article L122-1, qui précise alors que : *« le contrat de travail à durée déterminée comporte un terme certain et fixé avec précision dès sa conclusion. / Il ne peut être renouvelé qu'une fois, pour une période également déterminée dont la durée ne peut excéder celle de la période initiale et en application d'une clause figurant dans le contrat initial. Il peut toutefois comporter une clause prévoyant deux renouvellement à conditions que la durée totale du contrat ne soit pas supérieure à un an³³⁴ »*.

³³² CE sect., 27 octobre 1999, *Bayeux*, n°178412. *Leb.*, p. 335. *CFPA*, 2000, p. 28, concl. J.-H. Stahl. *DA*, 1999, n°306.

³³³ Loi n°79-11 du 3 janvier 1979 relative au contrat de travail à durée déterminée. *JORF*, 4 janvier 1979, p. 20.

³³⁴ Article L122-1 du code du travail, alinéas 1 et 2, dans sa rédaction issue de l'article 4 de la loi n°79-11 du 3 janvier 1979.

Il s'agit là d'une première incursion législative au sein de la durée des contrats de travail, constitutive d'une sécurisation bienvenue.

Le juge administratif, saisi de la question de l'applicabilité de cette loi à la situation des agents contractuels publics, a toutefois entendu les écarter du bénéfice de cette évolution législative. En effet, au sein de son arrêt *Mlle Irgens* rendu le 28 septembre 1984, le Conseil d'État a précisé que : « *la loi du 3 janvier 1979 relative au contrat de travail à durée déterminée, modifiant certaines dispositions du code du travail, n'est pas applicable aux agents publics*³³⁵ ». La possibilité pour l'administration de renouveler indéfiniment les contrats à durée déterminée de ses agents est par là-même affirmée.

L'ordonnancement juridique relatif aux contrats à durée déterminée a de nouveau été modifié par l'ordonnance n°82-130 du 5 février 1982³³⁶, toujours uniquement pour les employeurs privés. Cette question mérite toutefois d'être évoquée au regard de la jurisprudence administrative ultérieure. Les raisons de cette nouvelle réforme sont clairement exposées au sein du rapport au Président de la République, publié au Journal officiel en préface des dispositions ainsi adoptées : « *l'impact de la crise économique depuis 1974, la dégradation de la situation de nombreuses entreprises et l'incertitude générale quant aux perspectives à moyen terme qui en résulte ont profondément modifié les pratiques de gestion de la main-d'œuvre (...) Or la loi du 3 janvier 1979 relative au contrat à durée déterminée, en insérant pour la première fois dans le code du travail des dispositions propres à ce type de contrat, aurait dû (...) assurer une plus grande précision juridique et ainsi une plus grande sécurité aux salariés employés dans ces conditions (...) Bien au contraire, en ne limitant pas les cas de recours au contrat à durée déterminée de date à date, ni leur durée, cette loi a permis l'utilisation de tels contrats pour pouvoir des emplois permanents*³³⁷ ». Cette ordonnance inscrit un principe fondamental du droit du travail, non remis en cause depuis³³⁸,

³³⁵ CE, 28 septembre 1984, *Melle Irgens*, n°41486. *Leb.*, tables, p. 669.

³³⁶ Ordonnance n°82-130 du 5 février 1982 modifiant les dispositions du code du travail relatives au contrat de travail à durée déterminée ainsi qu'à certaines dispositions du code civil. *JORF*, 6 février 1982, p. 482.

³³⁷ *Ibidem*. Le rapport au Président de la République, publié en préface des dispositions de cette ordonnance, est riche d'enseignement sur la prolifération des contrats précaires à cette époque, et sur la nécessité d'y remédier en adoptant des dispositions limitant le plus possible le recours au contrat à durée déterminée.

³³⁸ En ce sens, voir l'article L1221-2 du code du travail, actuellement en vigueur et dont la rédaction est issue de l'article 1^{er} de la loi n°2008-596 du 25 juin 2008 : « *Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail. / Toutefois, le contrat de travail peut comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu dans les cas et dans les conditions mentionnés au titre IV relatif au contrat de travail à durée déterminée* ».

au sein de l'article L121-5 du code du travail : « *le contrat de travail est conclu sans détermination de durée. Toutefois, [et sous certaines conditions limitatives], il peut comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu*³³⁹ ». Ce faisant, le contrat à durée indéterminée devient la norme du droit du travail. Par conséquent, pour l'ensemble des employeurs privés, le contrat doit désormais être conclu sans détermination de durée – sous réserve, bien entendu, de quelques cas limitatifs de recours au contrat à durée déterminée.

Prenant conscience de l'évolution majeure apparue en droit privé concernant les contrats à durée indéterminée, le Tribunal Administratif de Strasbourg, au sein d'un jugement rendu le 9 mai 1985³⁴⁰, a tenté de faire évoluer la jurisprudence alors en vigueur et ainsi de faire bénéficier aux agents publics contractuels d'une relation de travail pérenne. En l'espèce, la requérante est engagée par une Chambre de Commerce et d'Industrie en qualité d'agent contractuel de droit public, d'abord d'octobre 1978 à août 1979, puis de juillet 1981 à novembre 1982, par le biais de 16 contrats à durée déterminée successifs. Il en résulte que la requérante effectue en réalité 18 heures de travail hebdomadaire, de façon continue pendant ces 26 mois. Celle-ci occupe par conséquent bel et bien un emploi permanent, le besoin satisfait l'étant également³⁴¹. Le raisonnement employé par le commissaire du gouvernement au sein de ses conclusions³⁴² mérite d'être analysé. Celui-ci, après avoir rappelé que la loi n°79-11 du 3 janvier 1979³⁴³ n'est pas applicable aux agents publics en vertu de la jurisprudence *Melle Irgens*³⁴⁴, s'interroge sur l'ordonnance n°82-130 du 5 février 1982³⁴⁵ : « *le problème qui se pose en l'espèce est de savoir si l'ordonnance de 1982 en elle-même, ou comme le demande la requérante, un principe général du droit, est susceptible d'influer sur le litige qui vous est soumis (...). Il y a lieu (...) de rappeler que le même mouvement d'idées a*

³³⁹ Article L121-5 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'article 1^{er} de l'ordonnance n°82-139 du 5 février 1982.

³⁴⁰ TA Strasbourg, 9 mai 1985, *Mme Maryse Planel contre Chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg et de Bas-Rhin*. *RFDA*, 1989, n°1, pp.81-84, concl. P. Kintz.

³⁴¹ CE, 14 octobre 2009, *Masson*, n°314722. *JCP A*, 26 octobre 2009, n°44, act. 1161. Le Conseil d'État précise 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* ».

³⁴² KINTZ Patrick. « Le contrôle du licenciement d'un agent contractuel, conclusions sur TA Strasbourg, 9 mai 1985, *Mme Maryse Planel contre Chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg et de Bas-Rhin* ». *RFDA*, 1989, n°1, pp. 81-84.

³⁴³ Loi n°79-11 du 3 janvier 1979 relative au contrat de travail à durée déterminée. *JORF*, 4 janvier 1979, p. 20.

³⁴⁴ CE, 28 septembre 1984, *Melle Irgens*, n°41486. *Leb.*, tables, p. 669.

³⁴⁵ Ordonnance n°82-130 du 5 février 1982 modifiant les dispositions du code du travail relatives au contrat de travail à durée déterminée ainsi qu'à certaines dispositions du code civil. *JORF*, 6 février 1982, p. 482.

abouti, en 1983, à une loi destinée, dans la fonction publique, à supprimer, autant que faire se peut, l'existence des non-titulaires en prévoyant leur titularisation massive (...). Autrement dit, tant pour les salariés de droit privé – ce que n'est pas [la requérante] – que pour les fonctionnaires en général, la stabilité des relations de travail a été étendue. Les personnes qui sont dans la situation de la requérante et qui ne peuvent, d'après nous, se revendiquer d'un texte exprès, sont-elles écartées de cette évolution protectrice ?³⁴⁶ » Le Commissaire du Gouvernement propose alors, sur cette base, « [d'élever] le principe posé par l'ordonnance de 1982 à savoir que le contrat est à durée indéterminée – au niveau d'un principe général du droit³⁴⁷ », rappelant que le Conseil d'État a déjà procédé de la sorte par deux fois, en élevant certains principes fondateurs du droit du travail en principes généraux du droit, les rendant de facto applicables aux agents publics³⁴⁸. Le Tribunal suit cette analyse, consacrant au rang de principe général du droit « le principe général, dont s'inspire l'article L121-5 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 5 février 1982, selon lequel le contrat est conclu sans limitation de durée, hormis certaines circonstances limitativement énumérées. [Ce principe] s'applique aux salariés employés dans les services publics lorsqu'aucune nécessité propre à ses services ne s'y oppose³⁴⁹ ».

Toutefois, cette tentative de reconnaissance du principe du contrat à durée indéterminée est vouée à l'échec. En effet, le Conseil d'État a expressément censuré une telle avancée³⁵⁰. La jurisprudence de la Haute Juridiction est, sur ce point, constante³⁵¹, et ce quelle

³⁴⁶ KINTZ Patrick. « Le contrôle du licenciement d'un agent contractuel, conclusions sur TA Strasbourg, 9 mai 1985, *Mme Maryse Planel contre Chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg et de Bas-Rhin* ». RFDA, 1989, n°1, pp.81-84

³⁴⁷ Ibidem.

³⁴⁸ Pour ce faire, le Commissaire du Gouvernement rappelle que le Conseil d'État a déjà, par deux fois, procédé de la sorte. Il vise ainsi le principe général du droit selon lequel « aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse » (CE ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, n°80232. *Leb.*, p. 406. *Leb.*, pp. 406-421, concl. S. Grévisse. *AJDA*, 1973, p. 587, chron. Franc et Boyon ; *JCP*, 1975, II, 17957, note Saint-Jours) et celui selon lequel la rémunération d'un agent public ne peut en aucun cas être inférieure au S.M.I.C (CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse contre Madame Aragnou*, n°36851. *Leb.*, p. 152, concl. Labetoulle, pp. 152-156. *AJDA*, 1982, p. 440, chron. F. Tiberghien et B. Lasserre, p. 443.).

³⁴⁹ TA Strasbourg, 9 mai 1985, *Mme Maryse Planel contre Chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg et de Bas-Rhin*. RFDA, 1989, n°1, pp.81-84, concl. P. Kintz.

³⁵⁰ Le Conseil d'État a spécifiquement censuré la position du Tribunal Administratif de Strasbourg précité. En ce sens, voir : CE, 14 mars 1990, *CCI de Strasbourg*, n°70400. RFDA, 1990, p. 445. Le Conseil d'État précise que : « contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif de Strasbourg, il ne résulte d'aucun principe général du droit applicable aux agents publics contractuels que les contrats de travail les liant à leurs employeurs seraient conclus sans détermination de durée ».

³⁵¹ En ce sens, voir notamment : CE sect. 28 octobre 1983, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris contre Limoges*, n°29142. *Leb.*, p. 438. Ou encore : CE, 20 avril 1984, *Ministre du Budget contre Valton*, n°37772 et n°37774. *Leb.*, p. 148.

que soit la durée d'emploi de l'agent par contrats à durée déterminée successifs³⁵². La jurisprudence s'est également montrée intransigeante concernant la situation d'un agent resté en poste à l'issue de son contrat à durée déterminée. Les juges ont alors considéré que « *en l'absence de décision (...) de renouvellement ou de prolongation dudit contrat et nonobstant la circonstance que la requérante ait continué à assumer ses fonctions (...) et ait été rétribuée comme précédemment [cette dernière] ne saurait utilement soutenir qu'elle bénéficiait (...) d'un contrat tacite à durée indéterminée*³⁵³ ». Par là même, la jurisprudence a réaffirmé la place dérogatoire du contrat au sein de l'emploi public administratif en général, mais également au sein de l'emploi public administratif territorial.

Ce faisant, c'est plus généralement la spécificité du droit de l'emploi public administratif qui est ainsi affirmée par la jurisprudence avec la plus grande des rigueurs. En effet, la position de la Cour de Cassation sur ce point est très différente. D'une part, le code du travail érige en principe absolu le contrat à durée indéterminée, le contrat à durée déterminée n'étant qu'une exception³⁵⁴, comme nous avons déjà pu le constater³⁵⁵. D'un point de vue jurisprudentiel, la Cour de Cassation, au contraire du Conseil d'État, n'hésite pas à procéder à la requalification des contrats de travail dont le terme est imprécis³⁵⁶.

On observe donc une dichotomie particulièrement marquée entre le régime applicable en droit privé et celui applicable en droit public. D'un côté, la Cour de Cassation, aidée par le législateur, adopte une position particulièrement protectrice de l'employé, forçant parfois le contrat pour lui conférer une durée indéterminée. De l'autre, le Conseil d'État, plutôt que de protéger l'agent contractuel, privilégie le respect des statuts de la fonction publique, rappelant

³⁵² À ce titre, on notera à nouveau les arrêts signalés par Olivier COUDRAY au sein de son article précité. Ainsi, quelques exemples de renouvellement de contrats à durée déterminée, durant de longues périodes, pour lesquels la requalification en contrat à durée indéterminée a été refusée : quatre ans (CE sect. 28 octobre 1983, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris contre Limoges*, n°29142. *Leb.*, p. 438) ; cinq ans (CE, 20 avril 1984, *Ministre du Budget contre Valton*, n°37772 et n°37774. *Leb.*, p. 148.) ; sept ans (CE, 11 octobre 1989, *TTAAF*, n°73785) ; huit ans (CE, 8 janvier 1993, *Syndicat intercommunal « Opéra du Rhin »*, n°102346).

³⁵³ En ce sens, également signalé par Olivier COUDRAY au sein de son article précité : CE, 27 avril 1988, *Monod-Gayraud*, n°69154.

³⁵⁴ En ce sens, voir notamment : Ordonnance n°82-130 du 5 février 1982 modifiant les dispositions du code du travail relatives au contrat de travail à durée déterminée ainsi qu'à certaines dispositions du code civil. *JORF*, 6 février 1982, p. 482.

³⁵⁵ En ce sens, voir supra.

³⁵⁶ En ce sens, voir notamment les nombreux exemples de jurisprudences judiciaires évoquées par Olivier COUDRAY (COUDRAY Olivier. « Le recrutement d'un agent public pour une durée déterminée et la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée ». *RFDA*, 1996, p. 819).

le plus souvent possible le caractère dérogatoire du recrutement contractuel par rapport au recrutement statutaire.

Toutefois, le Conseil d'État n'a pas systématiquement sacrifié les intérêts des agents contractuels sur l'autel de la préservation du statut : avant sa jurisprudence *Bayeux*³⁵⁷, le Conseil d'État reconnaissait parfois l'existence de contrat à durée indéterminée.

B. Les exceptions au principe du recrutement contractuel à durée déterminée :

Les contrats conclus avec une clause de tacite reconduction (1) et les contrats oraux (2) sont considérés comme des contrats à durée indéterminée par le Conseil d'État qui a, par cette exception, souhaité protéger les agents contractuels de certains abus.

1. Les contrats contenant une clause de tacite reconduction :

À l'issue d'un contrat à durée déterminée, l'agent d'un service public administratif ne dispose d'aucun droit acquis au renouvellement de son contrat³⁵⁸. De même, lorsque le contrat à durée déterminée s'achève et que l'agent reste en fonction et continue à être rémunéré, toute requalification en contrat à durée indéterminée est exclue³⁵⁹. Dès lors, on pourrait supposer, dans la droite lignée de ces jurisprudences, que tout contrat conclu avec une clause de tacite reconduction ne ferait que conduire, en cas de réalisation de ladite close, à la conclusion tacite d'un nouveau contrat d'une durée équivalente. Pourtant, la position du Conseil d'État a été diamétralement opposée³⁶⁰.

³⁵⁷ CE sect., 27 octobre 1999, *Bayeux*, n°178412. *Leb.*, p. 335. *CFPA*, 2000, p. 28, concl. J.-H. Stahl. *DA*, 1999, n°306.

³⁵⁸ En ce sens, voir notamment : CE, 5 juillet 1957, *Dame Aknin*, n°38049. *Leb.*, p. 447. Ou encore : CE, 15 juillet 1964, *Melle Gontarbert*, n°57740. *Leb.*, p. 431. Plus généralement, sur la question du non renouvellement des CDD : BURGUBURU Julie. « Utiles précisions sur les modalités juridiques de non-renouvellement des CDD. Conclusions rendues à l'occasion de l'arrêt CE, 23 février 2009, n°304995 ». *AJFP*, 2009, n°3, p.141.

³⁵⁹ En ce sens, à titre d'illustration : CE, 27 avril 1988, *Monod-Gayraud*, n°69154.

³⁶⁰ Sur ce point, il convient de noter l'important travail réalisé par Hélène DAÏOGLU (DAÏOGLU Hélène. « Le contrat à durée déterminée renouvelé tacitement : les conséquences de la qualification ». *AJFP*, 2004, p. 42).

Le Conseil d'État requalifie en 1980, par son arrêt *Guilley*³⁶¹, le contrat prolongé par tacite reconduction en contrat à durée indéterminée. Cette interprétation est confirmée en 1981³⁶², puis en 1983 avec l'arrêt *Ville de Béziers*³⁶³. La motivation de ce dernier arrêt est limpide : « *le contrat (...) par lequel la ville de Béziers a chargé [le requérant] des fonctions d'auxiliaire de police, stipule dans son article 5 : « Le présent contrat, établi pour une durée d'un an (...) sera renouvelable par tacite reconduction sauf dénonciation par l'une ou l'autre des parties après préavis de deux mois » ; (...) cette clause ne limitait pas à une nouvelle période d'un an renouvelable les effets de la tacite reconduction qui pouvait intervenir à la fin de la première année suivant la conclusion du contrat ; (...) faute d'avoir été dénoncé deux mois avant la fin de cette première année, le contrat [du requérant] s'est trouvé reconduit (...) pour une durée indéterminée »*. L'arrêt *Lapierre*³⁶⁴, rendu le 1^{er} octobre 1986, concerne cette fois le non renouvellement à l'échéance d'un contrat tacitement reconduit. Au sein de son arrêt *Ramen*³⁶⁵ du 20 mai 1998, le Conseil d'État rappelle que « *[le] contrat, qui ne comportait pas un terme certain et fixé avec précision dès sa conclusion et n'a pas fait l'objet d'un préavis de non-renouvellement (...) avant la fin de sa première année d'application, s'est trouvé reconduit (...) pour une durée indéterminée »*. Enfin, par un arrêt *Cousin* rendu le 30 janvier 2012³⁶⁶, le Conseil d'État adopte une position similaire concernant un contrat tacitement reconduit pour la première fois le 1^{er} octobre 1981.

Les contrats reconduits tacitement ont donc été considérés, antérieurement à l'arrêt *Bayeux*³⁶⁷ sus-évoqué, comme des contrats à durée indéterminée. Il s'agit donc là d'une exception particulièrement marquante au principe du contrat à durée déterminée, pourtant affirmé dans le même temps avec force par la jurisprudence.

³⁶¹ CE sect. 14 novembre 1980, *Guilley*. *Leb.*, p. 430.

³⁶² CE, 4 décembre 1981, *Desprès*. *Leb.*, tables p. 647.

³⁶³ CE, 10 juin 1983, *Ville de Béziers*. *Leb.*, p. 242. *DA*, 1983, n°10, n°371, p.4.

³⁶⁴ CE, 1^{er} octobre 1986, *Lapierre*, n°58424. *AJDA*, 1987, p. 284, obs. S.S.

³⁶⁵ CE, 20 mai 1998, *Ramen*, n°168488. *AJFP*, 1998, n°6, p. 40.

³⁶⁶ CE, 30 janvier 2012, *Cousin*, n°342355.

³⁶⁷ CE sect., 27 octobre 1999, *Bayeux*, n°178412. *Leb.*, 335. *CFPA*, 2000, p. 28, concl. J.-H. Stahl. *DA*, 1999, n°306.

Une autre exception à ce principe mérite également d'être évoquée : le cas des contrats oraux.

2. Les contrats oraux :

Les contrats oraux constituent également un cas particulier pour lequel la jurisprudence du Conseil d'État s'est montrée particulièrement protectrice des agents contractuels, reconnaissant par là-même l'existence de contrats à durée indéterminée.

Ainsi, il convient d'évoquer la jurisprudence *Mme Thoury*³⁶⁸. Par un arrêt du 17 janvier 1996, le Conseil d'État a précisé que « *le contrat verbal conclu par une personne publique en vue du recrutement d'un agent public doit être regardé, en l'absence d'éléments contraires, comme un contrat à durée indéterminée*³⁶⁹ ». La position du Conseil d'État rejoint sur ce point celle en vigueur en matière de droit privé : le principe, en droit du travail, est également que tout contrat oral est présumé être un contrat à durée indéterminée³⁷⁰.

Monsieur le Professeur Bertrand MATHIEU considère là qu'il s'agit « *d'un principe général du droit tiré des dispositions du code du travail (...). Il ne s'agit pas d'une reproduction des règles fixées par le Code du travail, mais d'un principe inspiré de ces règles. En effet l'article L. 122-3-1 du Code du travail, issu d'une loi du 12 juillet 1990, prévoit que « le contrat de travail à durée déterminée doit être établi par écrit (...) et qu'à défaut il est réputé conclu pour une durée indéterminée ».* Il s'agit d'une présomption

³⁶⁸ CE, 17 janvier 1996, *Mme Thoury*, n°152713. *AJFP*, 1996, n°1, p. 46, note B. Mathieu.

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ En ce sens, voir notamment l'ancien article L122-3-13 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°86-948 du 11 août 1986 (Ordonnance n°86-948 du 11 août 1986 modifiant les dispositions du code du travail relatives au contrat à durée déterminée, au travail temporaire et au travail à temps partiel. *JORF*, 12 août 1986, p. 9906) ou encore l'actuel article L1245-1 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'article 3 de la loi n°2008-67 du 21 janvier 2008 (Loi n°2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative). *JORF*, 22 janvier 2008, p. 1122).

*irréfragable*³⁷¹ ». Or, toujours selon ce même auteur, le principe ici posé par le juge administratif est celui d'une présomption simple – et non irréfragable comme en droit privé³⁷².

Le contrat verbal n'est déjà, lorsque cet arrêt est rendu, plus conforme au droit. En effet, la directive n°91/533/CEE³⁷³ du 14 octobre 1991, dont la date limite de transposition est fixée au 30 juin 1993³⁷⁴, prévoit la nécessité d'un écrit³⁷⁵ pour toute relation de travail dont la durée excède un mois ou pour lequel la durée de travail hebdomadaire est supérieure à 8 heures³⁷⁶. Au surplus, le décret n°88-145 du 15 février 1988³⁷⁷ prévoit au sein de son article 3 que « *l'agent non titulaire est recruté, soit par contrat, soit par décision administrative. L'acte d'engagement est écrit* ». Toutefois, dans le cas de la jurisprudence *Mme Thoury*³⁷⁸, le contrat oral avait été conclu antérieurement à l'entrée en vigueur de ces textes.

Un autre arrêt, rendu cette fois par la Cour Administrative d'Appel de Nancy³⁷⁹, mérite également d'être cité. La Cour, dans la droite lignée de l'arrêt *Thoury*³⁸⁰ précédemment cité, rappelle que « *le contrat verbal conclu par une personne publique en vue du recrutement d'un agent public doit être regardé, en l'absence d'éléments contraires, comme un contrat à durée*

³⁷¹ MATHIEU Bernard. « Note sous l'arrêt CE, 17 janvier 1996, *Mme Thoury*, n°152713 ». *AJFP*, 1996, n°1, p. 46.

³⁷² En ce sens, voir notamment : Cass. soc., 23 mars 1989, n°86-40830. *Bull. civ. V*, p. 248. L'arrêt précise que : « *tout contrat non constaté par écrit est suivant l'article L. 121-1, alinéa 2, ancien du Code du travail, présumé conclu pour une durée indéterminée ; que cette présomption édictée est irréfragable ; qu'en jugeant le contraire, l'arrêt attaqué a violé le texte précité* ».

³⁷³ Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail. *JOCE*, 18 octobre 1991, p. 32.

³⁷⁴ *Ibidem*, article 9 : « *Les États membres adoptent les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 30 juin 1993* ».

³⁷⁵ *Ibidem*, article 3 : « *L'information sur les éléments visés à l'article 2 paragraphe 2 peut résulter de la remise au travailleur, deux mois au plus tard après le début de son travail : / a) d'un contrat de travail écrit / et/ou / b) d'une lettre d'engagement / et/ou / c) d'un ou de plusieurs autres documents écrits* »

³⁷⁶ *Ibidem*, article 1^{er} : « *Les États membres peuvent prévoir que la présente directive ne s'applique pas aux travailleurs ayant un contrat ou une relation de travail : / a) - dont la durée totale n'excède pas un mois / et/ou / - dont la durée de travail hebdomadaire n'excède pas 8 heures / ou / b) qui a un caractère occasionnel et/ou particulier, à condition, dans ces cas, que des raisons objectives justifient la non-application* ».

³⁷⁷ Décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi n°84-53 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.

³⁷⁸ CE, 17 janvier 1996, *Mme Thoury*, n°152713. *AJFP*, 1996, n°1, p. 46, note B. Mathieu.

³⁷⁹ CAA Nancy, 2 avril 1997, *Commune de Genouilly*, n°94NC01710. *AJFP*, 1997, p. 48, obs. P. Boutelet.

³⁸⁰ CE, 17 janvier 1996, *Mme Thoury*, n°152713. *AJFP*, 1996, n°1, p. 46, note B. Mathieu.

*indéterminée*³⁸¹ ». Là encore, la présomption ainsi édictée n'est que simple. Pierre BOUTELET, dans ses observations sur cet arrêt, considère que « *l'arrêt complète, en l'assortissant d'une sanction, la prescription des « décrets non titulaires » selon laquelle l'acte d'engagement d'un agent non titulaire doit être établi par écrit (...). On peut relever là, une nouvelle fois, l'influence du droit du travail sur le régime juridique des agents non titulaires de droit public*³⁸² ».

Un jugement rendu par le Tribunal Administratif de Versailles le 5 juin 1998, *Mme Beraudo contre Commune de Verneuil-sur-Seine*³⁸³, suscite notre intérêt. En l'espèce, la requérante « *a été engagée le 1^{er} septembre 1990 par la commune de Verneuil-sur-Seine, sans décision écrite, pour participer en qualité d'agent administratif non titulaire à une étude de faisabilité sur la création d'une zone d'activité dans la commune* ». Elle reste en poste jusqu'en 1994, période à laquelle la commune tente de régulariser sa situation par plusieurs arrêtés rétroactifs. Toutefois, suite aux observations du Préfet sur la légalité de ces arrêtés, la Commune est tenue de procéder au retrait desdits arrêtés rétroactifs, puis de procéder à la radiation des cadres de la requérante. Le Tribunal indique « *[qu'en] l'absence de contrat ou de décision relatifs à son recrutement le 1^{er} septembre 1990, [la requérante] devait être regardée comme engagée en vertu d'un contrat verbal à durée indéterminée (...); le maire (...) ne pouvait modifier unilatéralement sa situation administrative pour substituer à cet engagement cinq décisions de nomination pour des durées déterminées avec effet rétroactif* ». On retrouve là encore le principe initialement posé par le Conseil d'État au sein de son arrêt *Thoury*³⁸⁴.

Dans ce jugement, il est intéressant de noter les conséquences de cet engagement à durée indéterminée. Le Tribunal précise en effet que : « *l'engagement de [la requérante] ne correspondant à aucune des exceptions autorisées (...) au principe de l'occupation des emplois permanents par des fonctionnaires, le maire (...) était tenu pour donner suite aux observations fondées du représentant de l'État, de la radier des cadres de la commune ; que le maire étant en situation de compétence liée pour prendre cette décision, les moyens tirés de*

³⁸¹ CAA Nancy, 2 avril 1997, *Commune de Genouilly*, n°94NC01710. *AJFP*, 1997, p. 48, obs. P. Boutelet.

³⁸² BOUTELET Pierre. « La présomption de durée indéterminée d'un contrat de recrutement verbal. Observations sur CAA Nancy, 2 avril 1997, *Commune de Genouilly*, n°94NC01710 ». *AJFP*, 1997, p. 48.

³⁸³ TA Versailles, 5 juin 1998, *Mme Beraudo contre Commune de Verneuil-sur-Seine*, n°946100 et n°953110.

³⁸⁴ CE, 17 janvier 1996, *Mme Thoury*, n°152713. *AJFP*, 1996, n°1, p. 46, note B. Mathieu.

*ce que celle-ci aurait été prise au terme d'une procédure irrégulière ou serait entachée d'erreur manifeste d'appréciation sont inopérants*³⁸⁵ ». En d'autres termes, le Tribunal affirme ici le principe selon lequel, malgré l'existence d'un contrat à durée indéterminée, le recrutement en dehors des exceptions autorisées au principe de l'occupation des emplois permanents par des fonctionnaires est en soi illégal, et nécessite de radier des cadres l'agent contractuel concerné.

La portée de ce jugement doit toutefois être relativisée puisqu'il n'a pas à notre connaissance donné lieu à un quelconque appel.

La jurisprudence antérieure à l'arrêt *Bayeux*³⁸⁶ est donc relativement claire : « *les règles qui [gouvernent] la qualification, par le juge, des contrats à durée déterminée ne [constituent] pas l'un de ces domaines où la jurisprudence donne lieu à de subtils raffinements*³⁸⁷ ». Seules deux exceptions au principe du recrutement à durée déterminée sont reconnues : les contrats oraux et les renouvellements tacites. Dans ces deux situations, le bénéfice d'un contrat à durée indéterminée est reconnu. Dans tous les autres cas, il ne peut y avoir qu'un contrat à durée déterminée, le contrat à durée indéterminée étant proscrit.

Le Conseil d'État, par sa jurisprudence *Bayeux*³⁸⁸, adoptera une position bien plus absolue que précédemment.

§2 – La jurisprudence *Bayeux* et le refus absolu du contrat à durée indéterminée en dehors de tout texte le prévoyant :

Le Conseil d'État, au sein de son arrêt *Bayeux*³⁸⁹, adopte une position bien plus restrictive qu'auparavant. Ce faisant, la jurisprudence affermit le principe du recrutement

³⁸⁵ TA Versailles, 5 juin 1998, *Mme Beraudo contre Commune de Verneuil-sur-Seine*, n°946100 n°953110.

³⁸⁶ CE sect., 27 octobre 1999, *Bayeux*, n°178412. *Leb.*, p. 335. *CFPA*, 2000, p. 28, concl. J.-H. Stahl. *DA*, 1999, n°306.

³⁸⁷ COUDRAY Olivier. « Le recrutement d'un agent public pour une durée déterminée et la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée ». *RFDA*, 1996, p. 819.

³⁸⁸ CE sect., 27 octobre 1999, *Bayeux*, n°178412. *Leb.*, p. 335. *CFPA*, 2000, p. 28, concl. J.-H. Stahl. *DA*, 1999, n°306.

statutaire, luttant contre toute pérennisation de l'emploi contractuel. Il conviendra, dans un premier temps, d'analyser en détail cet arrêt (A). Ensuite, il nous sera possible de nous attarder sur les conséquences jurisprudentielles de cette position de principe (B).

A. L'arrêt Bayeux et la nouvelle position de principe du Conseil d'État :

Par un arrêt du 27 octobre 1999³⁹⁰, le Conseil d'État adopte une position bien plus restrictive que précédemment. En l'espèce, le requérant a été recruté par une commune en qualité d'agent non titulaire, par le biais d'un contrat comportant une clause de tacite reconduction. Suivant cette clause, ce dernier a été maintenu en fonction au-delà de sa durée initiale d'engagement pendant une période équivalente à son contrat initial. À l'issue de cette seconde période d'engagement, la commune a refusé de renouveler le contrat du requérant. Elle n'a donc pas entendu procéder à son licenciement alors qu'en application des jurisprudences précédemment évoquées³⁹¹, le requérant est titulaire d'un contrat à durée indéterminée. Saisi de ce litige, le Conseil d'État adopte une nouvelle position de principe : *« 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 ; que le maintien en fonction à l'issue du contrat initial a seulement pour effet de donner naissance à un nouveau contrat, conclu lui aussi pour une période déterminée et dont la durée est soit celle prévue par les parties, soit, à défaut, celle qui était assignée au contrat initial »*. Dès lors, sur la base de ce principe, le Conseil d'État considère que : *« [le requérant] doit être regardé comme ayant bénéficié (...) d'un nouveau contrat à durée déterminée (...) ; que, dès lors, par la décision attaquée du 30 mai 1990, le maire (...) doit être regardé comme n'ayant pas procédé au licenciement [du requérant] mais comme s'étant*

³⁸⁹ Ibidem.

³⁹⁰ Ibidem.

³⁹¹ En ce sens, voir supra, et notamment l'arrêt *Ramen* rendu en 1998 par le Conseil d'État, qui concernait des faits quasi similaires (CE, 20 mai 1998, *Ramen*, n°168488. *AJFP*, 1998, n°6, p. 40).

borné à constater que le nouveau contrat liant ce dernier à la commune était arrivé à son terme normal et à refuser de le renouveler ».

Quelles conséquences tirer de ce nouvel arrêt de principe ? En premier lieu, même si cela semble évident, le principe du contrat à durée déterminée est une nouvelle fois rappelé avec la plus grande des rigueurs. En second lieu, cet arrêt marque la fin des deux exceptions précédemment évoquées : les contrats avec clause de tacite reconduction et les contrats oraux.

Le sort de la première de ces deux exceptions est clair, puisqu'il s'agit là de l'objet même de l'arrêt : « *dans le cas où (...) 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 (...) une durée indéterminée*³⁹² ». Celui de la seconde exception semble tout aussi clair, puisque le Conseil d'État n'envisage désormais plus de reconnaître l'existence de contrats à durée indéterminée qu'en présence d'une « *disposition législative spéciale*³⁹³ ».

Hormis ce renvoi au législateur, il semble donc acquis, depuis cette jurisprudence *Bayeux*³⁹⁴, qu'il existe un principe absolu selon lequel le contrat de recrutement d'un agent contractuel, au sein d'un service public administratif, ne peut être qu'à durée déterminée. Pour nous en convaincre, il suffit d'examiner attentivement la teneur de la jurisprudence ultérieure.

B. Les conséquences jurisprudentielles de la position de principe développée par le Conseil d'État au sein de son arrêt Bayeux :

Nous l'avons évoqué, la jurisprudence *Bayeux*³⁹⁵ a consacré le principe absolu – sauf dispositions législatives contraires – du recrutement contractuel à durée déterminée. Ce principe, toujours en vigueur, a trouvé à s'appliquer à de nombreuses reprises.

³⁹² CE sect., 27 octobre 1999, *Bayeux*, n°178412. *Leb.*, p. 335. *CFPA*, 2000, p. 28, concl. J.-H. Stahl. *DA*, 1999, n°306.

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ *Ibidem*.

³⁹⁵ *Ibidem*.

Ainsi, ce principe a fort logiquement conduit à abandonner toute reconnaissance d'un contrat à durée indéterminée en cas de renouvellement tacite de l'engagement. Il ne s'agit là ni plus ni moins que d'une application littérale de la jurisprudence *Bayeux*³⁹⁶ (1). Comme nous le pressentions, il en a été de même pour l'exception liée aux contrats oraux (2).

1. La fin de l'exceptionnelle reconnaissance d'un contrat à durée indéterminée en cas de renouvellement tacite de l'engagement initial :

La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Bayeux*³⁹⁷ a confirmé la fin de la reconnaissance d'un contrat à durée indéterminée en cas de renouvellement tacite de l'engagement initial.

Au sein de l'arrêt *Michel* rendu le 23 avril 2001³⁹⁸, le Conseil d'État a confirmé les termes de sa jurisprudence *Bayeux*³⁹⁹. En l'espèce, le requérant avait été recruté par une personne publique par contrat conclu « *dans l'attente du recrutement d'un titulaire* » pour une durée maximale d'un an. Faute de recrutement statutaire dans ce délai, le requérant a été maintenu en fonction jusqu'à ce qu'un agent statutaire postule sur cet emploi. La personne publique décide alors de mettre immédiatement un terme au contrat du requérant, sans pour autant le licencier, considérant que la candidature d'un agent titulaire entraîne de plein droit la fin du contrat du requérant, nonobstant le fait que le candidat se soit postérieurement désisté.

Le Conseil d'État analyse cette situation de la sorte : « *la décision par laquelle l'autorité administrative compétente met fin aux relations contractuelles doit être regardée comme un refus de renouvellement du contrat si elle intervient à l'échéance du nouveau contrat, et comme un licenciement si elle intervient au cours de ce nouveau contrat*⁴⁰⁰ ». Or : « *[le requérant] doit être regardé comme ayant été maintenu en fonctions, au-delà de la première année, sur le fondement d'un nouveau contrat identique au contrat initial, c'est-à-*

³⁹⁶ Ibidem.

³⁹⁷ Ibidem.

³⁹⁸ CE, 23 avril 2001, *Michel*, n°199152. *AJFP*, 2001, p. 53.

³⁹⁹ CE sect., 27 octobre 1999, *Bayeux*, n°178412. *Leb.*, p. 335. *CFPA*, 2000, p. 28, concl. J.-H. Stahl. *DA*, 1999, n°306.

⁴⁰⁰ CE, 23 avril 2001, *Michel*, n°199152. *AJFP*, 2001, p. 53.

dire conclu « dans l'attente du recrutement d'un agent titulaire » et pour une durée maximale d'un an⁴⁰¹ ». Dès lors, et fort logiquement, le Conseil d'État en déduit que « la décision par laquelle il a été mis fin aux fonctions [du requérant], postérieurement à l'entrée en vigueur du second contrat, qui est intervenue, ainsi que le contrat en prévoyait la possibilité, en raison du recrutement d'un agent titulaire, n'a pas constitué un licenciement ; que la circonstance que l'agent titulaire pressenti se soit ensuite désisté postérieurement à la décision mettant fin au contrat [du requérant] est sans incidence sur la qualification de cette décision⁴⁰² ».

Cette jurisprudence constitue donc bel et bien une application littérale de la jurisprudence *Bayeux*⁴⁰³. On notera ici également la position particulièrement souple du Conseil d'État quant à la détermination du terme du contrat, dont l'appréciation est, à notre sens, particulièrement critiquable. En effet, le terme du contrat prévoyait le recrutement d'un agent titulaire ; or, ce recrutement n'est jamais intervenu en l'espèce, puisque le candidat s'est désisté. En tout état de cause, le Conseil d'État confirme là encore sa position particulièrement favorable aux personnes publiques au détriment de la situation individuelle des agents contractuels.

L'année suivante, au sein de son arrêt *Mura*⁴⁰⁴, le Conseil d'État confirme une nouvelle fois le principe posé dans son arrêt *Bayeux*⁴⁰⁵.

Commentant cet arrêt, Monsieur le Professeur Didier JEAN-PIERRE rappelle qu'une telle position est tout à fait conforme à l'esprit du statut de la fonction publique territoriale : « la jurisprudence maintient donc l'état de précarité des agents non titulaires fondé sur l'existence initiale d'un contrat à durée déterminée. Mais la solution inverse risquerait d'aboutir à l'occupation pendant une durée indéterminée d'emplois permanents par des

⁴⁰¹ Ibidem.

⁴⁰² CE, 23 avril 2001, *Michel*, n°199152. *AJFP*, 2001, p. 53.

⁴⁰³ CE sect., 27 octobre 1999, *Bayeux*, n°178412. *Leb.*, p. 335. *CFPA*, 2000, p. 28, concl. J.-H. Stahl. *DA*, 1999, n°306.

⁴⁰⁴ CE, 22 novembre 2002, *Mura*, n°232367. *JCP A*, 2003, n°6, 1119, p. 148, comm. D. Jean-Pierre.

⁴⁰⁵ En l'espèce, et tout comme dans son arrêt *Bayeux* précité, le Conseil d'État rappelle que : « le maintien en fonction à l'issue du contrat initial a seulement pour effet de donner naissance à un nouveau contrat, conclu lui aussi pour une période déterminée et dont la durée est soit celle prévue par les parties, soit, à défaut, celle qui était assignée au contrat initial ».

agents contractuels. Or, le statut général de la fonction publique s'est construit autour de l'idée qu'il fallait éviter les cas de recrutement de contractuels à caractère permanent⁴⁰⁶ ».

La Cour Administrative d'Appel de Nancy s'est également prononcée sur un cas similaire, au sein d'un arrêt rendu le 2 juin 2005⁴⁰⁷. La Cour rappelle « *que la circonstance qu'un contrat à durée déterminée a été reconduit tacitement ne peut avoir pour effet de lui conférer une durée indéterminée ; que le maintien en fonction de l'agent en cause à l'issue de son contrat initial, s'il traduit la commune intention des parties de poursuivre leur collaboration, a seulement pour effet de donner naissance à un nouveau contrat, conclu lui aussi pour une période déterminée et dont la durée est celle du contrat initial⁴⁰⁸ ».*

Cet arrêt présente toutefois une spécificité notable. En effet, la question de la conformité de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984⁴⁰⁹ aux objectifs définis à l'article 5 de la directive 1999/70/CE du conseil de l'Union Européenne du 28 juin 1999⁴¹⁰ est soumise à la Cour. Cette directive, dont la date limite de transposition est arrêtée au 10 juillet 2001⁴¹¹, a pour objet de limiter au maximum les cas de recours aux contrats à durée déterminée. La question posée à la Cour est celle de savoir si « *[les dispositions de l'article 3 de] la loi du 26 janvier 1984 seraient incompatibles avec les objectifs définis à l'article 5 de la directive 1999/70/CE du conseil de l'Union Européenne du 28 juin 1999, et qu'ainsi, [l'arrêté objet du présent contentieux] serait privé de base légale⁴¹² ».* La Cour considère le droit français en parfaite conformité avec la législation européenne : « *eu égard d'une part à l'objectif de prévention des abus résultant de l'utilisation de contrats de travail à durée déterminée*

⁴⁰⁶ JEAN-PIERRE Didier. « Commentaire de l'arrêt CE, 22 novembre 2002, *Mura*, n°232367 ». *JCP A*, 2003, n°6, 1119, p. 148.

⁴⁰⁷ CAA Nancy, 2 juin 2005, *Commune de Forbach*, n°03NC00959. *CTI*, 2005, n°9, comm. 157, comm. P. Bentolila.

⁴⁰⁸ Ibidem.

⁴⁰⁹ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite *Le Pors* portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

⁴¹⁰ Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée. *JOCE*, 10 juillet 1999, n°L175, p. 43.

⁴¹¹ Ibidem, article 2 alinéa 1 : « *Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive au plus tard le 10 juillet 2001 ou s'assurent, au plus tard à cette date, que les partenaires sociaux ont mis en place les dispositions nécessaires par voie d'accord, les États membres devant prendre toute disposition nécessaire leur permettant d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats imposés par la présente directive. Ils en informent immédiatement la Commission ».*

⁴¹² CAA Nancy, 2 juin 2005, *Commune de Forbach*, n°03NC00959. *CTI*, 2005, n°9, comm. 157, comm. P. Bentolila.

successifs fixé par la directive susmentionnée et d'autre part au caractère alternatif des mesures proposées pour prévenir de tels abus, les règles nationales applicables, qui énumèrent de façon limitative les cas de recours au recrutement d'agents par des contrats à durée déterminée, limitent dans le temps la durée maximale de ces contrats et prévoient les conditions et limites de leur renouvellement ainsi que celles ouvrant droit à titularisation, ne sont pas incompatibles avec les objectifs de ladite directive⁴¹³ ».

L'arrêt *Caussade* rendu le 14 mai 2007 par le Conseil d'État adopte une position de principe similaire⁴¹⁴.

Le Conseil d'État a donc circonscrit l'applicabilité de sa jurisprudence *Bayeux*⁴¹⁵ aux seuls contrats renouvelés tacitement après l'entrée en vigueur des statuts de la fonction publique. Cette exception semble parfaitement logique, puisque si le Conseil d'État considère qu'un contrat renouvelé tacitement ne peut être requalifié en un contrat à durée indéterminée, c'est sur la base des dispositions de l'article 3 de la loi n°83-634⁴¹⁶.

Le Conseil d'État a donc, suite à sa jurisprudence *Bayeux*⁴¹⁷, mis un terme définitif à la requalification du contrat à durée déterminée tacitement reconduit en contrat à durée

⁴¹³ Ibidem.

⁴¹⁴ CE, 14 mai 2007, *Caussade*, n°273244. Le Conseil d'État précise que : « le maintien en fonction d'un agent à l'issue de son contrat initial a pour effet de donner naissance à un nouveau contrat, conclu lui aussi pour une période déterminée et dont la durée est celle assignée au contrat initial ; qu'ainsi, 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 nouveau contrat et comme un licenciement si elle intervient au cours de ce nouveau contrat ».

⁴¹⁵ CE sect., 27 octobre 1999, *Bayeux*, n°178412. *Leb.*, p. 335. *CFPA*, 2000, p. 28, concl. J.-H. Stahl. *DA*, 1999, n°306.

⁴¹⁶ Ibidem : « Considérant qu'aux termes de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984 (...) 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 ; que le maintien en fonction à l'issue du contrat initial a seulement pour effet de donner naissance à un nouveau contrat, conclu lui aussi pour une période déterminée et dont la durée est soit celle prévue par les parties, soit, à défaut, celle qui était assignée au contrat initial ».

⁴¹⁷ Ibidem.

indéterminée, sous réserve qu'une telle reconduction ait eu lieu postérieurement à la promulgation de la loi n°83-634 du 26 janvier 1984⁴¹⁸.

2. *La fin de l'exceptionnelle reconnaissance d'un contrat à durée indéterminée en présence d'un contrat oral :*

La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Bayeux*⁴¹⁹ a également marqué la fin de la reconnaissance d'un contrat à durée indéterminée lorsque l'engagement est oral. Ce faisant, le rejet jurisprudentiel du contrat à durée indéterminée de droit public est conforté.

La Cour Administrative d'Appel de Paris, au sein d'un arrêt rendu le 10 juillet 2003⁴²⁰, se prononce sur le sort d'un contrat oral à la lumière de la jurisprudence *Bayeux*⁴²¹. En l'espèce, le requérant a été recruté en qualité de professeur de musique par une commune, sans contrat écrit, et ce sans interruption de septembre 1982 à septembre 1988. La Cour rappelle 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*⁴²² » pour ensuite en déduire « *[qu'un] un contrat verbal, ne comportant par nature aucune indication de durée, est contraire à ces prescriptions et ne peut légalement être maintenu*⁴²³ ».

En d'autres termes, la Cour Administrative d'Appel de Paris met ici un terme à l'exception autrefois consacrée par le Conseil d'État selon laquelle un contrat oral devait être

⁴¹⁸ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

⁴¹⁹ CE sect., 27 octobre 1999, *Bayeux*, n°178412. *Leb.*, p. 335. *CFPA*, 2000, p. 28, concl. J.-H. Stahl. *DA*, 1999, n°306.

⁴²⁰ CAA Paris, 10 juillet 2003, *Commune de Fontainebleau*, n°02PA00906. *JCP A*, 2003, n°48, p. 1571, comm. A. Taillefait. *AJFP*, 2004, p. 48, comm. P. Boutelet.

⁴²¹ CE sect., 27 octobre 1999, *Bayeux*, n°178412. *Leb.*, p. 335. *CFPA*, 2000, p. 28, concl. J.-H. Stahl. *DA*, 1999, n°306.

⁴²² CAA Paris, 10 juillet 2003, *Commune de Fontainebleau*, n°02PA00906. *JCP A*, 2003, n°48, p. 1571, comm. A. Taillefait. *AJFP*, 2004, p. 48, comm. P. Boutelet.

⁴²³ *Ibidem*.

considéré comme conclu à durée indéterminée. La Cour assortit cette prescription d'une nouvelle sanction : un contrat oral, conclu en violation des dispositions législatives applicables ne peut être maintenu par la personne publique qui doit immédiatement y mettre un terme – en procédant, semble-t-il systématiquement, au licenciement de l'agent bénéficiaire dudit contrat.

La Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, au sein d'un arrêt *Mme Piel*⁴²⁴ rendu le 24 juin 2003, entérine le caractère déterminé de la durée d'un contrat oral. En l'espèce, la Cour précise que « *la circonstance que [la requérante] ait été employée à partir de septembre 1990 sans engagement écrit et de façon quasi ininterrompue ne peut légalement avoir eu pour effet de conférer au contrat verbal la liant à la commune (...) une durée indéterminée* ».

Le Conseil d'État, quant à lui, se prononce sur cette question du contrat oral à l'occasion d'un arrêt rendu le 29 décembre 2004, *Commune de Puimisson*⁴²⁵. Dans cette même espèce, la Cour Administrative d'Appel de Marseille avait fait une application quasi littérale de la jurisprudence *Thoury*⁴²⁶ du Conseil d'État, antérieure à l'arrêt *Bayeux*⁴²⁷, selon laquelle « *le contrat verbal conclu par une personne publique en vue du recrutement d'un agent public doit être regardé, en l'absence d'éléments contraires, comme un contrat à durée indéterminée*⁴²⁸ ». La Cour Administrative d'Appel a justifié sa position en considérant que « *[la] décision Bayeux, avait été rendue non au sujet d'un contrat verbal, mais d'un contrat à durée déterminée, comportant une clause de tacite reconduction et renouvelé à échéance*⁴²⁹ ». Cependant, il s'agit là d'une interprétation fort restrictive de cette jurisprudence, puisque « *à la lecture des conclusions de M. Stahl, dans l'affaire Bayeux, il apparaissait clairement, que*

⁴²⁴ CAA Bordeaux, 24 juin 2003, *Mme Piel*, n°00BX00730.

⁴²⁵ CE, 29 décembre 2004, *Commune de Puimisson*, n°256057. *CTI*, 2005, n°2, comm. 23, comm. P. Bentolila.

⁴²⁶ CE, 17 janvier 1996, *Mme Thoury*, n°152713. *AJFP*, 1996, n°1, p. 46, note B. Mathieu.

⁴²⁷ CE sect., 27 octobre 1999, *Bayeux*, n°178412. *Leb.*, p. 335. *CFPA*, 2000, p. 28, concl. J.-H. Stahl. *DA*, 1999, n°306.

⁴²⁸ CE, 17 janvier 1996, *Mme Thoury*, n°152713. *AJFP*, 1996, n°1, p. 46, note B. Mathieu.

⁴²⁹ BENTOLILA Pierre. « Note sur l'arrêt CE, 29 décembre 2004, *Commune de Puimisson*, n°256057 ». *CTI*, 2005, n°2, comm. 23.

*se trouvait condamnée quel que soit le cas de figure, toute possibilité de requalification en contrat à durée indéterminée d'un contrat verbal ou écrit*⁴³⁰ ».

Le Conseil d'État renverse donc définitivement à l'occasion de cette affaire sa jurisprudence *Thoury*⁴³¹. Le raisonnement de la haute juridiction est des plus clairs : « *l'agent non titulaire est recruté soit par contrat, soit par décision administrative, et que l'acte d'engagement est écrit*⁴³² ». Or, « *les contrats passés par les collectivités territoriales 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*⁴³³ ». Par conséquent, le Conseil d'État en déduit que « *la circonstance qu'un tel contrat ait été conclu verbalement ne peut avoir légalement pour effet de lui conférer une durée indéterminée*⁴³⁴ ».

Il convient également de noter la conséquence tirée par le Conseil d'État de cette transformation du contrat oral en un contrat à durée déterminée. Contrairement à la Cour Administrative d'Appel de Paris et son arrêt du 10 juillet 2003⁴³⁵, la haute juridiction ne va pas en déduire l'illégalité du contrat et la nécessité de procéder immédiatement au licenciement de l'agent. Au contraire, le Conseil d'État va ici considérer que « *l'engagement verbal dont [la requérante] bénéficiait, doit être regardé, dans les circonstances de l'espèce, comme un contrat d'une durée d'un an*⁴³⁶ ». En d'autres termes, les juges forcent le contrat afin de lui conférer la durée que les parties auraient normalement dû lui attribuer dès sa conclusion. Le Conseil d'État ne dégage donc pas de durée systématiquement applicable à tout contrat oral mais se réfère aux circonstances de l'espèce pour tenter d'en déduire la durée que les parties auraient dû convenir en cas d'établissement d'un contrat écrit.

La Cour Administrative d'Appel de Versailles, au sein d'un arrêt postérieur⁴³⁷ à la jurisprudence sus évoquée⁴³⁸, procède de même afin de déterminer la durée d'un contrat oral.

⁴³⁰ Ibidem.

⁴³¹ CE, 17 janvier 1996, *Mme Thoury*, n°152713. *AJFP*, 1996, n°1, p. 46, note B. Mathieu.

⁴³² CE, 29 décembre 2004, *Commune de Puimisson*, n°256057. *CTI*, 2005, n°2, comm. 23, comm. P. Bentolila.

⁴³³ Ibidem.

⁴³⁴ Ibidem.

⁴³⁵ CAA Paris, 10 juillet 2003, *Commune de Fontainebleau*, n°02PA00906. *JCP A*, 2003, n°48, p. 1571, comm. A. Taillefait. *AJFP*, 2004, p. 48, comm. P. Boutelet.

⁴³⁶ CE, 29 décembre 2004, *Commune de Puimisson*, n°256057. *CTI*, 2005, n°2, comm. 23, comm. P. Bentolila.

⁴³⁷ CAA Versailles, 13 octobre 2005, *C.*, n°04VE1190. *CTI*, 2005, n°12, comm. 218, comm. G. Pelissier. La Cour précise que : « *la circonstance que [la requérante] ait été employée à partir de février 1999 par le département sans engagement écrit ne peut légalement avoir eu pour effet de conférer au contrat verbal la liant*

Les juges ont ici déduit la durée du contrat d'engagement oral d'un acte intervenu postérieurement – presque 6 mois plus tard. Si procéder de la sorte est particulièrement favorable à la personne publique, la précarité des agents contractuels des services publics administratifs en est d'autant accentuée.

La jurisprudence a donc confirmé le caractère désormais absolu du refus – hors dispositions législatives spécifiques – de reconnaître l'existence de contrats à durée indéterminée au sein de l'emploi public administratif territorial, dès lors que ces contrats ont été conclus sous l'empire de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984⁴³⁹ portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

Les exceptions à ce principe sont aujourd'hui toutes condamnées par la jurisprudence. La durée du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial est ainsi clairement circonscrite par la jurisprudence : le contrat ne doit être qu'un instrument de recrutement alternatif, exceptionnel, et ne peut en aucun cas permettre un quelconque recrutement pérenne. Les juges ont par conséquent refusé toute pérennisation des recrutements contractuels au sein de l'emploi public administratif territorial, rappelant implicitement que seul le statut devrait être utilisé afin de pourvoir durablement des emplois.

SECTION II - L'instauration législative du contrat à durée indéterminée :

La jurisprudence refuse le contrat à durée indéterminée au sein de l'emploi public administratif territorial à défaut de tout texte le prévoyant expressément. Selon la jurisprudence, la place du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial ne doit

au département des Yvelines une durée indéterminée ; qu'il ressort des pièces du dossier et notamment de la lettre du 22 juillet 1999 par laquelle le département des Yvelines informait la requérante que la consultation au centre médical de Plaisir serait attribuée à un médecin titulaire à compter du 1^{er} septembre 1999 et lui proposait à la place de prendre en charge une consultation hebdomadaire à Sartrouville, que son poste à Plaisir prenait nécessairement fin le 31 août 1999 ; que la cessation de son activité doit, dès lors, être analysée non comme une décision de licenciement mais comme la décision de ne pas renouveler à cette date son contrat ».

⁴³⁸ CE, 29 décembre 2004, *Commune de Puimisson*, n°256057. CTI, 2005, n°2, comm. 23, comm. P. Bentolila.

⁴³⁹ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

donc être que très limitée. Il s'agit là de respecter les statuts qui prévoient que tout emploi permanent doit, par principe, être occupé par un agent titulaire.

Le législateur a cependant remis en cause ce principe en instaurant progressivement plusieurs cas de recrutements contractuels à durée indéterminée au sein de l'emploi public administratif territorial. Si la doctrine s'est très largement insurgée⁴⁴⁰ contre la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005⁴⁴¹, transposant elle-même une directive du Conseil du 28 juin 1999⁴⁴² et venant instaurer une nouvelle possibilité de conclusion d'un contrat à durée indéterminée (§2), il existait, avant même l'adoption de ce texte, plusieurs autres exceptions législatives au principe du recrutement contractuel à durée déterminée (§1). Alors que l'on considérait auparavant que toute embauche pérenne pouvait et devait – sauf rares exceptions – être assurée par voie statutaire, tel n'est désormais plus le cas.

§1 – Les exceptions législatives au principe du recrutement contractuel à durée déterminée antérieures à la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 :

Le législateur, bien avant la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005⁴⁴³, avait déjà introduit plusieurs exceptions au principe du recrutement contractuel à durée déterminée⁴⁴⁴. Ainsi, il

⁴⁴⁰ En ce sens, voir notamment : JEAN-PIERRE Didier. « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 ». *JCP A*, 2005, n°35, 1306. Ou : DELBLOND Antoine. « CDI dans l'administration publique : fin d'une époque ? ». *AJFP*, 2005, p. 113. Ou : BENTOLILA Pierre. « Projet de loi portant transposition du droit communautaire à la fonction publique : le vrai retour des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique territoriale ? ». *CTI*, 2005, n°6. Ou : BENTOLILA Pierre. « L'incidence de la loi du 26 juillet 2005 sur la situation des agents contractuels des collectivités locales ». *CTI*, 2005, n°11. Ou : BOURDON Jacques. « Droit communautaire et fonction publique territoriale ». *RGCT*, 2005, n°35, pp. 285–296. Ou : POCHARD Marcel. « Le grand retour des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique ». *AJDA*, 2005, p. 401. Ou : MELLERAY Fabrice. « L'impact des lois du 26 juillet sur les équilibres de la fonction publique ». *AJFP*, 2005, p. 225. Ou : DOUSSIN Anne-Laure. « Des CDI dans la fonction publique ». *JCP A*, 2006, n°14, act. 304. Ou : FITTE-DUVAL Annie. « Contrat à durée indéterminée dans la fonction publique : les risques d'une transposition inadaptée ». *AJFP*, 2007, p. 4. Ou encore : DEROSIER Bernard. « Vers une fonction publique contractuelle ? ». *AJDA*, 2005, p. 857.

⁴⁴¹ Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183.

⁴⁴² Directive n°1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée. *JOCE*, n°L175, 10 juillet 1999, p. 43.

⁴⁴³ Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183.

⁴⁴⁴ Ces exceptions sont notamment signalées par Monsieur le Professeur Didier JEAN-PIERRE (JEAN-PIERRE Didier). « Les contrats à durée indéterminée de droit public dans la fonction publique territoriale ». *JCP A*, 2003, n°13, 1308).

conviendra d'examiner en premier lieu la loi n°2000-321 du 12 avril 2000⁴⁴⁵, qui constitue une véritable prise en compte législative des effets de la jurisprudence *Berkani* (A). Dans un second temps, nous examinerons la loi n°2001-2 du 3 janvier 2001⁴⁴⁶ et la loi n°2002-6 du 4 janvier 2002⁴⁴⁷. Ces textes ont prévu le maintien de la durée indéterminée de certains contrats conclus par des associations dont l'activité a été reprise (B).

A. La prise en compte législative des effets de la jurisprudence *Berkani*⁴⁴⁸ :

Par la loi n°2000-321 du 12 avril 2000⁴⁴⁹, le législateur a instauré une nouvelle possibilité de recrutement à durée indéterminée sur un emploi permanent. Cette évolution législative a été rendue nécessaire par les conséquences engendrées par la jurisprudence du Tribunal des Conflits *Berkani*⁴⁵⁰ du 25 mars 1996. Le Tribunal a précisé 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*⁴⁵¹ ». Le Tribunal des Conflits a ainsi « [simplifié] le droit dans un domaine où il devenait inaccessible à force de subtilité⁴⁵² » en édictant une nouvelle règle de détermination du droit applicable (privé ou

⁴⁴⁵ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. *JORF*, 13 avril 2000, p. 5646.

⁴⁴⁶ 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, p. 96.

⁴⁴⁷ Loi n°2002-6 du 4 janvier 2002 relative à la création d'établissements publics de coopération culturelle. *JORF*, 5 janvier 2002, p. 309.

⁴⁴⁸ TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres contre conseil des prud'hommes, dite Berkani*, n°03000. *Leb.*, p. 536. *AJDA*, 1996, p. 355, chron. J.H. Stahl et D. Chauvaux. *CJEG*, 1997, p. 35, note J.F. Lachaume. *D.*, 1996, p. 598, note Y. Saint-Jours. *AJFP*, 1996, n°2, p. 4. *AJFP*, 1997, n°3, p.15, commentaire P. Boutelet. *DA*, 1996, n°319, obs. J.B. A. *Dr. Soc.*, 1996, p.735, obs. X. Prétot. *JCP*, 1996, n°22664, note P. Moudoudou. *LPA*, 1997, n°7, note S. Alberelli-Francfort. *RFDA*, 1996, p.819, concl. P. Martin.

⁴⁴⁹ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. *JORF*, 13 avril 2000, p. 5646

⁴⁵⁰ TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres contre conseil des prud'hommes, dite Berkani*, n°03000. *Leb.*, p. 536. *AJDA*, 1996, p. 355, chron. J.H. Stahl et D. Chauvaux. *CJEG*, 1997, p. 35, note J.F. Lachaume. *D.*, 1996, p. 598, note Y. Saint-Jours. *AJFP*, 1996, n°2, p. 4. *AJFP*, 1997, n°3, p.15, commentaire P. Boutelet. *DA*, 1996, n°319, obs. J.B. A. *Dr. Soc.*, 1996, p.735, obs. X. Prétot. *JCP*, 1996, n°22664, note P. Moudoudou. *LPA*, 1997, n°7, note S. Alberelli-Francfort. *RFDA*, 1996, p.819, concl. P. Martin.

⁴⁵¹ *Ibidem*.

⁴⁵² BOUTELET Pierre. « Feu dame veuve Mazerand ». *AJFP*, 1996, n°2, p. 5.

public) aux agents contractuels employés par une personne publique. Cependant, ce faisant, le Tribunal des Conflits a également induit de nombreuses requalifications, nécessitant l'intervention de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000⁴⁵³ afin de sécuriser certaines situations potentiellement litigieuses.

C'est pourquoi, afin de mieux saisir les raisons ayant gouverné l'adoption de cette loi, il convient de revenir rapidement sur la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Berkani*⁴⁵⁴ afin de mieux saisir les risques juridiques induits par cette décision (1). Sur cette base, il nous sera possible d'examiner les dispositions de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000⁴⁵⁵ (2).

1. Une évolution jurisprudentielle engendrant de nombreux risques contentieux :

La jurisprudence *Berkani*⁴⁵⁶ a simplifié un domaine du droit alors particulièrement complexe : la détermination du droit applicable aux agents contractuels employés par une personne publique. Afin de mieux saisir l'étendue de cette simplification, il nous est nécessaire d'opérer un bref rappel historique des évolutions jurisprudentielles en la matière.

Principalement, il convient de retenir les arrêts *Affortit*⁴⁵⁷ et *Vingtain*⁴⁵⁸ rendus le 4 juin 1954 par le Conseil d'État. L'idée de la Haute Juridiction est alors de simplifier la

⁴⁵³ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. *JORF*, 13 avril 2000, p. 5646.

⁴⁵⁴ TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres contre conseil des prud'hommes, dite Berkani*, n°03000. *Leb.*, p. 536. *AJDA*, 1996, p. 355, chron. J.H. Stahl et D. Chauvaux. *CJEG*, 1997, p. 35, note J.F. Lachaume. *D.*, 1996, p. 598, note Y. Saint-Jours. *AJFP*, 1996, n°2, p. 4. *AJFP*, 1997, n°3, p.15, commentaire P. Boutelet. *DA*, 1996, n°319, obs. J.B. A. *Dr. Soc.*, 1996, p.735, obs. X. Prétot. *JCP*, 1996, n°22664, note P. Moudoudou. *LPA*, 1997, n°7, note S. Alberelli-Francfort. *RFDA*, 1996, p.819, concl. P. Martin.

⁴⁵⁵ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. *JORF*, 13 avril 2000, p. 5646.

⁴⁵⁶ TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres contre conseil des prud'hommes, dite Berkani*, n°03000. *Leb.*, p. 536. *AJDA*, 1996, p. 355, chron. J.H. Stahl et D. Chauvaux. *CJEG*, 1997, p. 35, note J.F. Lachaume. *D.*, 1996, p. 598, note Y. Saint-Jours. *AJFP*, 1996, n°2, p. 4. *AJFP*, 1997, n°3, p.15, commentaire P. Boutelet. *DA*, 1996, n°319, obs. J.B. A. *Dr. Soc.*, 1996, p.735, obs. X. Prétot. *JCP*, 1996, n°22664, note P. Moudoudou. *LPA*, 1997, n°7, note S. Alberelli-Francfort. *RFDA*, 1996, p.819, concl. P. Martin.

⁴⁵⁷ CE, 4 juin 1954, *Affortit*. *Leb.*, p. 342.

⁴⁵⁸ CE, 4 juin 1954, *Vingtain*. *Leb.*, p. 342.

jurisprudence antérieure⁴⁵⁹, en ne retenant plus qu'un seul et unique critère – similaire à celui alors adopté par le Tribunal des Conflits⁴⁶⁰ – permettant de déterminer si l'agent contractuel relève du droit public ou du droit privé : la participation directe au fonctionnement du service public administratif⁴⁶¹. Malgré quelques hésitations jurisprudentielles postérieures⁴⁶², l'arrêt

⁴⁵⁹ Afin d'être parfaitement complet, il convient de noter que c'est le 15 janvier 1938 que le Tribunal des Conflits s'est prononcé pour la première fois sur la question de savoir si un agent relève ou non du droit public (TC, 15 janvier 1938, *Eric de Mare. Leb.*, p. 1001). La notion déterminante de l'applicabilité du droit public à la situation de l'agent est alors le « [concurrent] de façon permanente à l'exécution [du] service ». Toutefois, le juge administratif ne s'est pas immédiatement rangé à la position du Tribunal des Conflits, préférant « [examiner] principalement les diverses clauses [du] contrat (caractère exorbitant de droit commun, conditions de recrutement et de licenciement, mode de rémunération, etc.) et parfois également la nature des fonctions [ou encore] le degré de participation de l'agent recruté par contrat à l'exécution du service public » (PUISOYE Jacques. « Situation juridique des agents des services publics recrutés par contrat ». *AJDA*, 1960, pp. 572–576. p. 573) Le Conseil d'État rendra de nombreuses décisions en ce sens, toutes signalées par Jacques PUIISOYE au sein de son article précité. Ainsi, l'auteur signale les décisions suivantes : CE, 2 février 1945, *Lecte. Leb.*, p. 28 ; CE, 30 mai 1945, *Dame Veuve Chapelier. Leb.*, p. 111 ; CE, 20 décembre 1946, *Colonie de Madagascar contre sieur Revelonahina. Leb.*, p. 317 ; CE, 24 janvier 1947, *Joly. Leb.*, p. 27 ; CE, 5 mars 1947, *Champoiral. Leb.*, p. 93 ; CE, 3 mars 1948, *James. Leb.*, p. 109 ; CE, 9 juin 1948, *Cousin. Leb.*, p. 254 ; CE, 1^{er} avril 1949, *Degat. Leb.*, p. 164 ; CE, 9 novembre 1949, *Dumont. Leb.*, p. 466 ; CE, 6 décembre 1950, *Dame Veuve Faure. Leb.*, p. 599 ; CE, 25 juin 1952, *Marmignon. Leb.*, p. 331 ; CE, 12 mai 1953, *Bing. Leb.*, p. 224.

⁴⁶⁰ TC, 15 janvier 1938, *Eric de Mare. Leb.*, p. 1001.

⁴⁶¹ En ce sens, voir : CE, 4 juin 1954, *Affortit. Leb.*, p. 342. « Relèvent du droit public tous les agents, quelles que soient les clauses de leur contrat, qui ont pour mission d'assurer le fonctionnement du service public administratif dont ils font partie, qui collaborent au but poursuivi par ce service. ». Ou encore : CE, 4 juin 1954, *Vingtain. Leb.*, p. 342. « Ne relèvent du droit privé que les contractuels engagés pour des tâches qui ne sont que l'accessoire, l'annexe de la mission du service public, c'est-à-dire, pratiquement le petit personnel d'exécution : ouvriers, femmes de service, collaborateurs occasionnels, payés à l'heure ou à la journée ».

⁴⁶² Au sein de l'arrêt *Bourigeard*, signalé par Jacques PUIISOYE au sein de son article précité, rendu le 22 octobre 1954 (CE, 22 octobre 1954, *Bourigeard. Leb.*, p. 548) – soit quelques mois seulement après les arrêts *Affortit* et *Vingtain* – le Conseil d'État procédera à nouveau à l'examen attentif du contrat afin d'y déceler d'éventuelles clauses exorbitantes de droit commun, abandonnant de facto le critère de la participation au fonctionnement du service public administratif précédemment adopté. Toutefois, la jurisprudence ultérieure du Conseil d'État et du Tribunal des Conflits reviendra, pour partie, à l'unique critère de la participation au fonctionnement du service public administratif (en ce sens, et pour illustration, on se référera une nouvelle fois aux nombreux arrêts recensés par Jacques PUIISOYE : TC, 13 juin 1955, *Bechmann contre Ministre de la construction. Leb.*, p. 619. Ou : CE, 2 novembre 1956, *Maurisset. Leb.*, p. 412. *AJDA*, 1957, n°2, p. 43. Ou : CE, 5 juillet 1957, *Evrard. Leb.*, p. 446. Ou : CE, 2 novembre 1957, *Bertault. Leb.*, p. 575. Ou : TC, 25 mars 1957, *Hospices du Puy contre Sieur de la Pénelle. Leb.*, p. 817. *AJDA*, 1957, n°2, p. 284. Ou : CE, 3 janvier 1958, *Levrat. Leb.*, p. 2. *AJDA*, 1958, n°2, p. 157. Ou encore : TC, 13 janvier 1958, *Chardon. Leb.*, p. 789. *AJDA*, 1958, n°2, p. 182). Toutefois, ce nouveau courant jurisprudentiel ajoutera tout de même une exception liée au cas où « les fonctions de l'agent n'exigent pas par leur nature un contrat administratif et lorsque le contrat se réfère expressément aux règles du droit privé » (PUISOYE Jacques. « Situation juridique des agents des services publics recrutés par contrat ». *AJDA*, 1960, pp. 572–576. p. 574. En l'espèce, l'auteur base son affirmation sur la jurisprudence CE, 23 décembre 1955, *Dame de Fresquet. Leb.*, p. 605. *AJDA*, 1956 II, p. 44). Sur ce point, Michel CABARNOUS et Jean-Michel GALABERT observent que « certaines décisions ont paru apporter des exceptions ou des atténuations à la jurisprudence *Vingtain* ; notamment, d'assez nombreux arrêts continuaient à mentionner, à côté de la participation au service public, certains des critères adjacents que l'arrêt *Vingtain* avait voulu éliminer, telles par exemples les conditions de recrutement et de licenciement » (COMBARNOUS Michel, GALABERT Jean-Michel. « Commentaire de l'arrêt *Lauthier* du Conseil d'État du 20 mars 1959 ». *AJDA*, 1959, n°1, p. 68. Cité par : PUIISOYE Jacques. « Situation juridique des agents des services publics recrutés par contrat ». *AJDA*, 1960, pp. 572–576. p. 574). En réaction à ces incertitudes, Jacques PUIISOYE relève que le Conseil d'État réaffirmera comme unique critère celui de la participation à l'exécution du service précédemment développé au sein de ses jurisprudences *Vingtain* et *Affortit*, au sein d'un nouvel arrêt *Lauthier* en date du 20 mars 1959 (CE, 20 mars 1959, *Lauthier. Leb.*, p. 198), confirmé à plusieurs reprises par la suite (en ce

*Dame Veuve Mazerand*⁴⁶³, rendu par le Tribunal des Conflits le 25 novembre 1963 et souvent cité comme point d'orgue de cette évolution jurisprudentielle⁴⁶⁴ aboutira à la consécration de ce critère afin de déterminer l'applicabilité ou non du droit administratif à un agent. Cette tentative de simplification⁴⁶⁵ n'a malheureusement pas abouti au résultat escompté, mais plutôt à une jurisprudence « *pointilliste*⁴⁶⁶ », d'une « *excessive subtilité*⁴⁶⁷ », « *juxtaposant les cas d'espèce*⁴⁶⁸ », aboutissant à un état du droit « *qui n'était pas suffisamment lisible même [s'il] n'était pas totalement [incohérent]*⁴⁶⁹ ».

Le Tribunal des Conflits, par son arrêt *Berkani*⁴⁷⁰ du 25 mars 1996, a bouleversé la jurisprudence antérieure en précisant 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*⁴⁷¹ ». Le critère de la participation directe au service public –

sens, voir notamment : CE, 8 juillet 1959, *Section de la Corrèze. Leb.*, p. 437. Ou : TC, 23 novembre 1959, *Santelli. AJDA*, 1969, n°2, p. 101. Ou : TC, 23 novembre 1959, *Bruneaux. ADJA*, 1960, n°2, p. 101).

⁴⁶³ TC, 25 novembre 1963, *Dame veuve Mazerand contre Commune de Jonquières. Leb.*, p. 79.

⁴⁶⁴ En ce sens, voir notamment : BOUTELET Pierre. « Feu dame veuve Mazerand ». *AJFP*, 1996, n°2, p. 5. L'auteur précise que : « *L'arrêt du 25 mars 1996 marque donc l'abandon de la jurisprudence du type Dame veuve Mazerand (et, au-delà, des arrêts Vingtain et Affortit qui en constituent le fondement (...))* ».

⁴⁶⁵ STAHL Jacques-Henri, CHAUVAUX Didier. « Les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi. Commentaire de l'arrêt TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres contre conseil des prud'hommes, dite Berkani*, requête n°03000 ». *AJDA*, 1996, p. 355. Les auteurs, citant le Commissaire du Gouvernement CHARDEAU, indiquent : « *Dans les conclusions prononcées à l'occasion des décisions Affortit et Vingtain, le commissaire du gouvernement J. Chardeau soulignait que ces solutions antérieures étaient « extrêmement nuancées et complexes » et qu'on était en présence d'une « jurisprudence nuancée et fluctuante dont les subtilités risquent de passer pour byzantines ». C'est pour tenter de la clarifier qu'il avait alors suggéré au Conseil d'État de se fonder sur le critère de la participation directe au service public, pour déterminer si les agents contractuels d'un service public administratif étaient employés dans les conditions du droit public ou du droit privé. Il proposait de reconnaître que « relèvent du droit public tous les agents, quelles que soient les clauses de leur contrat, qui ont pour mission d'assurer le fonctionnement d'un service public ».*

⁴⁶⁶ STAHL Jacques-Henri, CHAUVAUX Didier. « Les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi. Commentaire de l'arrêt TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres contre conseil des prud'hommes, dite Berkani*, requête n°03000 ». *AJDA*, 1996, p. 355.

⁴⁶⁷ Ibidem.

⁴⁶⁸ Ibidem.

⁴⁶⁹ Ibidem.

⁴⁷⁰ TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres contre conseil des prud'hommes, dite Berkani*, n°03000. *Leb.*, p. 536. *AJDA*, 1996, p. 355, chron. J.H. Stahl et D. Chauvaux. *CJEG*, 1997, p. 35, note J.F. Lachaume. *D.*, 1996, p. 598, note Y. Saint-Jours. *AJFP*, 1996, n°2, p. 4. *AJFP*, 1997, n°3, p.15, commentaire P. Boutelet. *DA*, 1996, n°319, obs. J.B. A. *Dr. Soc.*, 1996, p.735, obs. X. Prétot. *JCP*, 1996, n°22664, note P. Moudoudou. *LPA*, 1997, n°7, note S. Alberelli-Francfort. *RFDA*, 1996, p.819, concl. P. Martin.

⁴⁷¹ Ibidem.

et donc les modalités précises de l'emploi occupé par l'agent – disparaît ainsi totalement. Au demeurant, il convient de rappeler que le Tribunal des Conflits omet initialement de préciser le critère organique de cette distinction (la gestion du service public par une personne de droit public), oubli rapidement réparé⁴⁷².

Fort logiquement, de nombreuses incertitudes ont pu naître de cette nouvelle jurisprudence. En effet, des agents autrefois accessoires au service public se sont vus reconnaître la qualité d'agents contractuels de droit public, dès lors qu'ils travaillaient pour le compte d'un service public administratif. Or, nombre de ces agents ont potentiellement pu être recrutés en qualité d'agents de droit privé, par contrats à durée indéterminée. Selon les jurisprudences sus-évoquées, relatives à la durée du contrat de recrutement d'un agent contractuel de droit public, une telle requalification aurait eu pour conséquence de transformer les contrats à durée indéterminée de droit privé de ces agents en contrats à durée déterminée de droit public. Afin d'éviter une telle précarisation, le législateur est intervenu par la loi n°2000-321 du 12 avril 2000⁴⁷³.

2. La nécessaire intervention de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 :

L'article 35 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000⁴⁷⁴ a remédié à la précarisation que n'aurait pas manqué d'entraîner la jurisprudence *Berkani*⁴⁷⁵.

Cet article ne concerne que les agents « *qui n'ont pas été recrutés en application de l'article 3 et des trois derniers alinéas de l'article 38 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 précitée, et qui assurent (...) soit des fonctions du niveau de la catégorie C concourant à l'entretien ou au gardiennage de services administratifs (...) soit des fonctions de même*

⁴⁷² TC, 7 octobre 1996, *Préfet des Côtes-d'Armor*, n°03034. *CFP*, 1997, p. 19. Le Tribunal des Conflits indique alors que « *les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public administratif géré par une personne publique sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi* ».

⁴⁷³ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. *JORF*, 13 avril 2000, p. 5646.

⁴⁷⁴ *Ibidem*.

⁴⁷⁵ TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres contre conseil des prud'hommes, dite Berkani*, n°03000. *Leb.*, p. 536. *AJDA*, 1996, p. 355, chron. J.H. Stahl et D. Chauvaux. *CJEG*, 1997, p. 35, note J.F. Lachaume. *D.*, 1996, p. 598, note Y. Saint-Jours. *AJFP*, 1996, n°2, p. 4. *AJFP*, 1997, n°3, p.15, commentaire P. Boutelet. *DA*, 1996, n°319, obs. J.B. A. *Dr. Soc.*, 1996, p.735, obs. X. Prétot. *JCP*, 1996, n°22664, note P. Moudoudou. *LPA*, 1997, n°7, note S. Alberelli-Francfort. *RFDA*, 1996, p.819, concl. P. Martin.

*niveau concourant au fonctionnement de services administratifs de restauration*⁴⁷⁶ ». En d'autres termes, cet article ne s'applique qu'aux agents ne bénéficiant pas déjà au 4 janvier 2001, date de la promulgation de cette loi, d'un contrat de droit public en application de l'article 3 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984⁴⁷⁷ dans sa rédaction alors en vigueur ou ayant fait l'objet d'un recrutement en qualité d'agent contractuel sur la base de l'article 38 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984⁴⁷⁸ (il s'agit là des recrutements réservés aux personnes en situation de handicap). La seconde condition posée par cet article relève de la nature des fonctions ainsi exercées. Les fonctions ainsi énumérées correspondent donc à des emplois pour lesquels les agents ne participent pas directement à l'exécution du service public et qui auraient pu sous l'empire de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Berkani*⁴⁷⁹ être considérés comme des agents relevant du droit privé. Toutefois, sous l'égide du nouveau critère dégagé par le Tribunal des Conflits, ces agents relèvent automatiquement du droit public.

Afin d'éviter toute transformation de leur contrat à durée indéterminée de droit privé en contrat à durée déterminée de droit public, le législateur a immédiatement précisé qu'ils « *bénéficient d'un contrat à durée indéterminée*⁴⁸⁰ ». Ainsi, le législateur crée, au sein de l'emploi public administratif, une catégorie d'agents contractuels recrutés de façon pérenne. Bien que l'étendue de cette possibilité soit particulièrement réduite – les emplois occupés par les agents concernés étant clairement délimités par le législateur – il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'une première brèche durable au sein du principe du recrutement statutaire. D'ailleurs, on ne peut que s'interroger sur l'opportunité de consacrer en l'espèce un cas de recrutement contractuel à durée indéterminée. Le statut n'aurait-il pas été mieux préservé en offrant la possibilité à ces agents d'être titularisés ? En adoptant le mécanisme contractuel, alors même qu'il aurait été tout à fait envisageable d'y préférer une titularisation, le législateur crée une importante brèche au sein du principe du recrutement statutaire.

⁴⁷⁶ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. *JORF*, 13 avril 2000, p. 5646. Article 35.

⁴⁷⁷ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite *Le Pors* portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

⁴⁷⁸ *Ibidem*.

⁴⁷⁹ TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres contre conseil des prud'hommes, dite Berkani*, n°03000. *Leb.*, p. 536. *AJDA*, 1996, p. 355, chron. J.H. Stahl et D. Chauvaux. *CJEG*, 1997, p. 35, note J.F. Lachaume. *D.*, 1996, p. 598, note Y. Saint-Jours. *AJFP*, 1996, n°2, p. 4. *AJFP*, 1997, n°3, p.15, commentaire P. Boutelet. *DA*, 1996, n°319, obs. J.B. A. *Dr. Soc.*, 1996, p.735, obs. X. Prétot. *JCP*, 1996, n°22664, note P. Moudoudou. *LPA*, 1997, n°7, note S. Alberelli-Francfort. *RFDA*, 1996, p.819, concl. P. Martin.

⁴⁸⁰ Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. *JORF*, 13 avril 2000, p. 5646. Article 35.

Enfin, le législateur a offert à ces agents le bénéfice d'un droit d'option : « [les agents concernés] peuvent demander que le contrat de travail sur la base duquel ils ont été engagés soit un contrat de droit privé soumis aux dispositions du code du travail. Les intéressés disposent d'un délai d'un an à compter de la date de publication de la présente loi pour présenter leur demande. Le bénéfice des dispositions du présent paragraphe leur est reconnu à compter de la date de leur engagement initial⁴⁸¹ ».

En tout état de cause, il ne s'agit là que du premier des cas de recrutement contractuel pérenne institué par le législateur.

B. Le maintien de la durée indéterminée de certains contrats conclus par des associations dont l'activité a été reprise :

Le législateur est également intervenu afin qu'en cas de reprise d'activité de certaines associations par une personne publique, la durée indéterminée des contrats des personnels soit maintenue. C'est là tout l'enjeu de la loi n°2001-2 du 3 janvier 2001⁴⁸² et de la loi n°2002-6 du 4 janvier 2002⁴⁸³, dont nous étudierons les dispositions en lien avec la présente étude.

Les lois dites Defferre du 2 mars 1982⁴⁸⁴, du 7 janvier 1983⁴⁸⁵ et du 22 juillet 1983⁴⁸⁶ font partie de ce que l'on qualifiera ultérieurement d'acte 1 de la décentralisation⁴⁸⁷, et

⁴⁸¹ Ibidem.

⁴⁸² 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, p. 96.

⁴⁸³ Loi n°2002-6 du 4 janvier 2002 relative à la création d'établissements publics de coopération culturelle. *JORF*, 5 janvier 2002, p. 309.

⁴⁸⁴ Loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. *JORF*, 3 mars 1982, p. 730.

⁴⁸⁵ Loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les départements, les régions et l'État. *JORF*, 9 janvier 1983, p. 215.

⁴⁸⁶ Loi n°83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État. *JORF*, 23 juillet 1983, p. 2286.

⁴⁸⁷ En ce sens, voir notamment : JEGOUZO Yves. « Les trente ans de la décentralisation ». *AJDA*, 2012, p. 457. L'auteur indique : « C'est seulement depuis la loi du 2 mars 1982 qu'il est possible d'affirmer qu'il existe en France une décentralisation authentique, caractérisée par la présence à tous les niveaux d'exécutifs élus,

entraîneront de nombreux transferts de compétence au profit des collectivités territoriales. Des dispositions spécifiques ont été adoptées concernant les personnels employés par les associations impactées par ces transferts de compétence. C'est là l'objet de la loi n°2001-2 du 3 janvier 2001, sur laquelle nous nous attarderons en premier lieu.

Ainsi, le premier alinéa de l'article 9 de la loi n°2001-2 du 3 janvier 2001⁴⁸⁸ précise que : « *les personnels bénéficiant d'un contrat de travail à la date de promulgation de la présente loi avec une association, qui a été créée ou qui a succédé par évolution statutaire, transformation ou reprise d'activité à une association qui avait été créée avant le 31 décembre de l'année au titre de laquelle les transferts de compétences prévus par la loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, par la loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État et par la loi n°83-663 du 22 juillet 1983 complétant la loi n°83-8 du 7 janvier 1983 précitée ont pris effet dans le domaine d'activité dont relève cette association et dont l'objet et les moyens sont transférés dans leur intégralité à une collectivité territoriale, à un établissement public de coopération intercommunale ou à un syndicat mixte, peuvent être recrutés par cette collectivité ou cet établissement, en qualité d'agent non titulaire, pour la gestion d'un service public administratif* ». Nous remarquerons ici le caractère particulièrement restrictif de ces dispositions.

C'est le second alinéa de ce même article qui nous intéresse tout particulièrement en l'espèce. Celui-ci précise en effet que : « *les agents non titulaires ainsi recrutés peuvent conserver le bénéfice des stipulations de leur contrat de travail antérieur lorsqu'elles ne dérogent pas aux dispositions légales et réglementaires régissant les agents non titulaires de la fonction publique territoriale*⁴⁸⁹ ». On pourrait dès lors considérer que les contrats à durée indéterminée de droit privé alors conclus par les associations sont automatiquement requalifiés en contrats de droit public à durée déterminée, conformément à la jurisprudence *Bayeux*⁴⁹⁰. Le législateur poursuit toutefois cet alinéa en indiquant que « *[ces agents] peuvent*

l'affirmation de compétences locales élargies encadrées seulement par la loi, la substitution à la tutelle d'un contrôle de légalité exercé en dernier ressort par le juge, etc. Certes, la réforme opérée il y a trente ans a été complétée depuis (...). Mais, s'il y a bien eu des Actes II et III de la décentralisation, la trame de la pièce était écrite dès 1982 ».

⁴⁸⁸ 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, p. 96. Article 9, alinéa 1.

⁴⁸⁹ Ibidem, article 9 alinéa 2.

⁴⁹⁰ CE sect., 27 octobre 1999, *Bayeux*, n°178412. *Leb.*, p. 335. *CFPA*, 2000, p. 28, concl. J.-H. Stahl. *DA*, 1999, n°306.

conserver le bénéfice de leur contrat à durée indéterminée ainsi que celui de la rémunération perçue au titre de leur contrat de travail antérieur et de leur régime de retraite complémentaire et de prévoyance⁴⁹¹ ».

Ensuite, il convient de nous attarder sur la loi n°2002-6 du 4 janvier 2002⁴⁹². À cette occasion, le législateur a ouvert la possibilité, pour les administrations territoriales, de constituer avec l'État des établissements publics de coopération culturelle⁴⁹³.

Dans ce cadre, l'article 3 de cette même loi envisage le cas des personnels autrefois employés par des associations absorbées par ces nouvelles personnes publiques. Il est précisé que ces salariés *« peuvent continuer à bénéficier des stipulations de leur contrat de travail antérieur lorsqu'elles ne dérogent pas aux dispositions législatives et réglementaires régissant les agents non titulaires de la fonction publique territoriale [à l'exception de celles concernant] les conditions de durée⁴⁹⁴ »*. Commentant cette nouvelle disposition, Monsieur le Professeur Didier JEAN-PIERRE s'interroge : *« si l'on comprend bien le législateur, les contrats à durée indéterminée, passés le plus souvent par des associations, demeurent valables à l'égard des établissements publics de coopération culturelle et ne voient pas pour autant leur durée limitée. S'ils restent des CDI, ont-ils pour autant changé de nature et sont-ils devenus des CDI de droit public ou restent-ils de droit privé ? / Si l'on raisonne selon les termes de la jurisprudence Berkani (...) les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif géré par une personne publique sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi. Dès lors, il faut convenir que ces contrats de personnels employés par des [établissements publics de coopération culturelle] à caractère administratif seront des CDI de droit public⁴⁹⁵ »*. Et d'ajouter, concernant l'importance quantitative de cette nouvelle exception : *« [ces dispositions devraient] concrètement avoir de l'importance car de nombreux secteurs de l'action culturelle*

⁴⁹¹ 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, p. 96. Article 9, alinéa 2.

⁴⁹² Loi n°2002-6 du 4 janvier 2002 relative à la création d'établissements publics de coopération culturelle. *JORF*, 5 janvier 2002, p. 309.

⁴⁹³ Ibidem, article 1^{er}. Cet article crée notamment un nouvel article L1431-1 du Code Général des Collectivités Territoriales.

⁴⁹⁴ Ibidem, article 3.

⁴⁹⁵ JEAN-PIERRE Didier. « Les contrats à durée indéterminée de droit public dans la fonction publique territoriale ». *JCP A*, 2003, n°13, 1308.

sont visés : activités patrimoniales (musées, bibliothèques, monuments historiques), activités d'enseignement artistiques spécialisés et de formation (écoles de musique, de danse ou d'arts, conservatoires)⁴⁹⁶ ».

A l'occasion des lois n°2001-2 du 3 janvier 2001⁴⁹⁷ et n°2002-6 du 4 janvier 2002, le législateur a une nouvelle fois profondément modifié la place du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial, offrant la possibilité d'utiliser ce mode de recrutement de manière pérenne alors même qu'il aurait tout à fait été possible d'envisager un mécanisme de titularisation.

Au-delà de ces quelques dispositions circonstanciées permettant un recrutement contractuel pérenne, c'est par la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005⁴⁹⁸ que le législateur a véritablement généralisé le recrutement contractuel pérenne au sein de l'emploi public administratif territorial. Ce faisant, l'une des différences les plus marquantes entre le recrutement statutaire et le contractuel a disparu.

§2 – La généralisation du contrat à durée indéterminée par la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 :

Le législateur a introduit une nouvelle possibilité de recrutement contractuel à durée indéterminée au sein de la fonction publique territoriale par la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005⁴⁹⁹. D'application beaucoup moins circonstanciée que les cas précédemment évoqués, cette nouvelle possibilité de recrutement contractuel pérenne a profondément bouleversé la place du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial. Cette loi nous semble marquer une profonde rupture conceptuelle de l'emploi public administratif territorial.

⁴⁹⁶ Ibidem.

⁴⁹⁷ 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, p. 96.

⁴⁹⁸ Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183.

⁴⁹⁹ Ibidem.

Il convient, dans un premier temps, d'examiner le détail des nouvelles dispositions ainsi mises en œuvre (A). Ensuite, dans un second temps, nous nous attarderons sur la justification européenne de cette nouveauté législative et sa réception par la doctrine (B). Enfin, dans un troisième temps, nous tenterons d'expliquer les raisons pour lesquelles cette possibilité de recourir au contrat à durée indéterminée n'a pour l'heure pas rencontré le succès escompté par le législateur (C).

A. La possibilité, offerte aux personnes publiques par la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005, de conclure des contrats à durée indéterminée de droit public :

L'article 14 de la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005⁵⁰⁰ a introduit, au sein de l'emploi public administratif territorial une possibilité étendue de conclure des contrats à durée indéterminée. Cet article précise ainsi que : « *les agents recrutés conformément aux quatrième, cinquième et sixième alinéas [de l'article 3 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984] sont engagés par des contrats à durée déterminée, d'une durée maximale de trois ans (...). Si, à l'issue [d'une] période maximale de six ans (...) ces contrats sont reconduits, ils ne peuvent l'être que par décision expresse et pour une durée indéterminée*⁵⁰¹ ». Contrairement aux cas de recrutements à durée indéterminée précédemment évoqués, les conditions d'accès sont en l'espèce beaucoup moins restrictives.

Ce faisant, le législateur a profondément bouleversé la place du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial. Celui-ci remplit par conséquent désormais un rôle tout à fait comparable à celui du statut : pourvoir des emplois permanents de façon pérenne.

Le législateur a entendu faire bénéficier de ces dispositions aux agents déjà en poste à la date de promulgation de cette loi. Ainsi, l'article 15 I de la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005⁵⁰² précise que : « *lorsque, à la date de publication de la présente loi, l'agent est en*

⁵⁰⁰ Ibidem.

⁵⁰¹ Ibidem. L'article 14 de cette loi vient modifier l'article 3 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale en ajoutant notamment les dispositions citées au sein du corps de texte.

⁵⁰² Ibidem.

*fonction depuis six ans au moins, de manière continue, son contrat ne peut, à son terme, être reconduit que par décision expresse pour une durée indéterminée*⁵⁰³ ».

L'article 15 II de cette loi prévoit la possibilité de requalification automatique du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée mais les conditions nécessaires sont particulièrement restrictives⁵⁰⁴.

Par la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005⁵⁰⁵, le législateur a donc profondément bouleversé les équilibres de la fonction publique territoriale⁵⁰⁶ en modifiant la place du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial. Désormais, le rôle du contrat rejoint celui du statut : pourvoir de façon pérenne des emplois permanents des personnes publiques locales. On ne peut, dès lors, que s'interroger sur les raisons ayant pu pousser le législateur à adopter cette voie.

B. La justification européenne de la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 :

La loi n°2005-843 du 26 juillet 2005⁵⁰⁷ est censée porter, selon son intitulé, diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. Le droit communautaire dont il est ici question est la directive n°1999/70/CE du conseil du 28 juin 1999 sur le travail à durée déterminée⁵⁰⁸. Cet accord précise, en son préambule⁵⁰⁹, que « *les*

⁵⁰³ Ibidem, article 15 I.

⁵⁰⁴ Ibidem, article 15 II. Cet article est rédigé de la sorte : « *Le contrat est, à la date de publication de la présente loi, transformé en contrat à durée indéterminée, si l'agent satisfait, le 1^{er} juin 2004 ou au plus tard au terme de son contrat en cours, aux conditions suivantes : / 1° Être âgé d'au moins cinquante ans ; / 2° Être en fonction ou bénéficiaire d'un congé en application des dispositions du décret mentionné à l'article 136 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 précitée ; / 3° Justifier d'une durée de services effectifs au moins égale à six ans au cours des huit dernières années ; / 4° Occuper un emploi en application des quatrième, cinquième ou sixième alinéas de l'article 3 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 précitée dans une collectivité ou un établissement mentionné à l'article 2 de la même loi* ».

⁵⁰⁵ Ibidem.

⁵⁰⁶ MELLERAY Fabrice. « L'impact des lois du 26 juillet sur les équilibres de la fonction publique ». *AJFP*, 2005, p. 225.

⁵⁰⁷ Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183.

⁵⁰⁸ Directive n°1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée. *JOCE*, n°L175, 10 juillet 1999, p. 43.

⁵⁰⁹ Ibidem, considérant n°14.

parties signataires ont souhaité conclure un accord-cadre sur le travail à durée déterminée énonçant les principes généraux et prescriptions minimales relatifs aux contrats et aux relations de travail à durée déterminée ». Ainsi, les parties ont décidé « *d'établir un cadre pour prévenir les abus découlant de l'utilisation de relations de travail ou de contrats à durée déterminée successifs* ».

La clause n°5 de cet accord précise les adaptations des droits nationaux devant être mises en œuvre. Ainsi, « *afin de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs, les États membres, après consultation des partenaires sociaux, conformément à la législation, aux conventions collectives et pratiques nationales, et/ou les partenaires sociaux, quand il n'existe pas des mesures légales équivalentes visant à prévenir les abus, introduisent d'une manière qui tienne compte des besoins de secteurs spécifiques et/ou de catégories de travailleurs, l'une ou plusieurs des mesures suivantes : [soit] des raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats ou relations de travail ; [soit] la durée maximale totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs ; [soit] le nombre de renouvellements de tels contrats ou relations de travail* ».

Il ressort donc des termes de la directive censée avoir été transposée par la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005⁵¹⁰ que les États membres n'avaient pour obligation que de prévenir la multiplication abusive des contrats à durée déterminée. Ainsi, et à titre d'exemple, il aurait suffi que le législateur limite drastiquement le nombre de renouvellements des contrats de droit public – par exemple en interdisant toute poursuite de la relation de travail après une certaine durée – afin d'être en conformité avec la directive n°1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999⁵¹¹. Il aurait également pu être envisageable d'imposer une titularisation des agents disposant d'une ancienneté supérieure à une certaine durée. L'instauration de contrats à durée indéterminée n'était donc qu'une des nombreuses options offertes au législateur. Nous ne pouvons donc qu'en déduire que l'introduction de contrats à durée indéterminée au sein de la fonction publique territoriale n'était pas, contrairement à la présentation qui en a été faite, une obligation communautaire, mais bel et bien une volonté propre du législateur : « *le droit communautaire n'est ici qu'un puissant alibi utilisé par les pouvoirs publics pour justifier*

⁵¹⁰ Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183.

⁵¹¹ Directive n°1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée. *JOCE*, n°L175, 10 juillet 1999, p. 43.

l'arrivée de tels contrats dans la fonction publique [puisqu'] celui-ci n'a jamais émis une telle exigence⁵¹² ». Ce faisant, adoptant « la logique même du code [du travail] ordonnant que les emplois permanents soient occupés par des salariés en CDI et les besoins ponctuels de main-d'œuvre satisfaits par le recrutement des salariés en CDD⁵¹³ », le législateur a fait sienne l'idée selon laquelle « l'utilisation du CDI permet de lutter efficacement contre la précarité⁵¹⁴ ». Si un tel postulat nous semble tout à fait pertinent dans le cadre du droit privé du travail, est-il véritablement transposable au droit public ? La logique même de ce droit, rappelée au sein de l'article 3 du statut général, est que les emplois permanents sont occupés par des fonctionnaires. Dès lors, il nous semble au contraire que si le législateur avait souhaité conserver la cohérence des emplois publics administratifs territoriaux, il aurait dû prévoir une titularisation de ces agents, et non la pérennisation de leur contrat de travail.

Monsieur le Professeur Didier JEAN-PIERRE ironise, sur ce point, sur les difficultés à venir pour les Directeurs des Ressources Humaines des Collectivités Territoriales : *« désormais donc, dans les mêmes services, se côtoieront des fonctionnaires, des agents contractuels avec des contrats à durée déterminée et d'autres avec des contrats à durée indéterminée auxquels il faut ajouter les agents de droit privé bénéficiant de contrats aidés. Si l'on ajoute à ce tableau les stagiaires, les agents mis à disposition, ceux en détachement, les vacataires et saisonniers, l'on aura une pensée émue pour les directeurs des ressources humaines chargés par exemple de régler les questions de transferts de personnels d'une collectivité à un établissement public de coopération intercommunale⁵¹⁵ ». S'il semblait indispensable de limiter la reconduction illimitée des contrats à durée déterminée, il n'en demeure pas moins que « cette reconnaissance des CDI revient à créer, à un terme rapproché, une nouvelle série de « cheminées » dans la gestion des agents publics ; car qui dit reconnaissance des CDI, dit nécessairement statut pour ces CDI⁵¹⁶ ». À plus long terme,*

⁵¹² JEAN-PIERRE Didier. « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 ». *JCP A*, 2005, n°35, 1306.

⁵¹³ FONT Nicolas. « La loi du 26 juillet 2005 ne généralise pas le CDI ». *AJFP*, 2012, p. 161.

⁵¹⁴ MOREL-A-L'HUISSIER Pierre. « Rapport au nom de la commission des lois sur le projet de loi adopté par le Sénat portant diverses mesures de transpositions du droit communautaire à la fonction publique ». *Doc. A.N.*, 30 mars 2005, n°2222, p. 65.

⁵¹⁵ JEAN-PIERRE Didier. « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 ». *JCP A*, 2005, n°35, 1306.

⁵¹⁶ POCHARD Marcel. « Le grand retour des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique ». *AJDA*, 2005, p. 401.

une remise en cause profonde de l'emploi public ne manquera pas de se poser : « *il ne sera guère possible de se contenter de la cohabitation d'emplois à vie et d'emplois à durée indéterminée ; la distinction risque de devenir absurde et la tentation sera d'autant plus grande de renoncer à l'emploi à vie pour tous*⁵¹⁷ ».

Il convient toutefois de noter que la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005⁵¹⁸, qui constitue une brèche particulièrement importante dans le dispositif statutaire en instaurant la possibilité de conclure des contrats à durée indéterminée, n'a eu que des effets pratiques relativement marginaux⁵¹⁹, contrairement à ce que la doctrine craignait⁵²⁰.

C. Un retentissement limité lié à une application stricte de la possibilité de transformer un CDD en CDI :

La loi n°2005-843 du 26 juillet 2005⁵²¹ n'a eu qu'un effet limité : « *seuls 0,8% des agents territoriaux non titulaires [ont pu bénéficier] d'un CDI au 1^{er} janvier 2006 selon les chiffres de l'Observatoire de la fonction publique territoriale*⁵²² », ce qui conduit Pierre BENTOLILA à affirmer que « *la loi du 26 juillet 2005 ne semble (...) pas avoir atteint son objectif*⁵²³ ». Cet échec s'explique, selon Nicolas FONT, par les « *conditions restrictives*

⁵¹⁷ LEMOYNE DE FORGES Jean-Michel. « Exigences communautaires et exigences managériales se rejoignent-elles ? ». *AJDA*, 2003, p. 1919.

⁵¹⁸ Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183.

⁵¹⁹ En ce sens, voir notamment : FONT Nicolas. « La loi du 26 juillet 2005 ne généralise pas le CDI ». *AJFP*, 2012, p. 161.

⁵²⁰ En ce sens, voir notamment : BOURDON Jacques. « Vers une banalisation du droit de la fonction publique ? ». *AJFP*, 2005, p. 284 ; JEAN-PIERRE Didier. « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 ». *JCP A*, 2005, n°35, 1306 ; MELLERAY Fabrice. « L'impact des lois du 26 juillet sur les équilibres de la fonction publique ». *AJFP*, 2005, p. 225 ; POCHARD Marcel. « Le grand retour des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique ». *AJDA*, 2005, p. 401 ; DEROSIER Bernard. « Vers une fonction publique contractuelle ? ». *AJDA*, 2005, p. 857.

⁵²¹ Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183.

⁵²² BENTOLILA Pierre. « Éligibilité et recours au CDI dans la fonction publique territoriale : premier bilan de l'application de la loi du 26 juillet 2005 ». *AJFP*, 2011, p. 181.

⁵²³ *Ibidem*.

*imposées par ce texte*⁵²⁴ ». L'auteur identifie trois séries de limites susceptibles d'expliquer cet échec, que nous étudierons successivement.

La première des limites identifiées par Nicolas FONT tient à l'absence de limitation du nombre d'engagements successifs. Comme nous l'avons déjà évoqué, et hormis les dispositions transitoires, ce n'est qu'à l'échéance d'un cumul de 6 années d'engagement qu'un agent contractuel peut prétendre à la reconduction de son contrat pour une durée indéterminée. Il s'agit là d'une différence avec le droit du travail, qui prévoit quant à lui que le contrat à durée déterminée ne peut être renouvelé que deux fois⁵²⁵, quelle que soit sa durée. L'auteur tente d'expliquer cette différence marquante entre le droit public et le droit privé : « *le législateur a opéré un calcul assez singulier reposant sur une « règle de trois » dont les éléments d'équation sont les suivants : les CDD dans la fonction publique sont d'une durée maximale de trois ans renouvelable ; dans un souci d'équité avec les salariés du secteur privé, le deuxième renouvellement d'un CDD doit permettre la possibilité de conclure un CDI ; le moment où se produit le deuxième renouvellement se situe ainsi au terme de l'exécution de deux CDD de trois ans, d'où un total de six ans*⁵²⁶ ». Or, la réalité pratique est toute autre : il n'est en effet pas rare que des agents soient maintenus en poste sur la base de multiples contrats de très courtes durées, souvent de quelques mois à un an⁵²⁷. Il n'en faut pas plus pour démontrer l'inadaptation de la loi du 26 juillet 2005⁵²⁸ aux réalités pratiques de l'administration. En effet, afin d'assurer l'efficacité de cette loi, il eut été nécessaire – comme c'est le cas en droit privé – d'imposer une double limite, tenant tant à la durée des recrutements qu'au nombre de leurs renouvellements. Il s'agit là, selon Nicolas FONT, d'une première justification possible à l'échec de cette loi.

La seconde limite identifiée par l'auteur « *trouve son origine dans les pouvoirs de l'employeur public qui peut, à l'échéance du terme, ne pas renouveler l'agent*⁵²⁹ ». L'absence

⁵²⁴ FONT Nicolas. « La loi du 26 juillet 2005 ne généralise pas le CDI ». *AJFP*, 2012, p. 161.

⁵²⁵ En ce sens, voir les dispositions du premier alinéa de l'article L1243-13 du code du travail : « *Le contrat de travail à durée déterminée est renouvelable deux fois pour une durée déterminée* ».

⁵²⁶ FONT Nicolas. « La loi du 26 juillet 2005 ne généralise pas le CDI ». *AJFP*, 2012, p. 161.

⁵²⁷ Sur ce point, voir notamment : MONIOLLE Carole. *Les agents non titulaires de la fonction publique de l'État*. LGDJ, 1999, 303 p. Ou : GARAGNON Jean. « L'improbable disparition de l'auxiliarat », in *Mélanges en l'honneur de Robert Pelloux*. L'Hermès, 1980, p. 143. Ou encore : DESBARATS Isabelle. « La précarisation de l'emploi dans le secteur public et dans l'entreprise privée. Approches croisées ». *D.*, 2002, Chron. 593.

⁵²⁸ Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183.

⁵²⁹ FONT Nicolas. « La loi du 26 juillet 2005 ne généralise pas le CDI ». *AJFP*, 2012, p. 161.

d'obligation pour l'employeur de transformer le contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée est un frein particulièrement important. Nous ne pouvons en effet que nous interroger sur l'intérêt présenté, pour l'employeur, par la conclusion d'un contrat à durée indéterminée. L'employeur public n'a-t-il pas au contraire tout intérêt à ne pas renouveler le contrat à l'échéance de ces six années afin de conserver une plus grande souplesse dans la gestion de ses effectifs ? Pierre BENTOLILA indique sur ce point « *[qu'un agent] se trouvant dans la situation d'un CDD ayant atteint la durée maximale de six ans [risque] de voir pour ce motif son contrat non renouvelé, compte tenu du refus de la collectivité de lui attribuer un CDI⁵³⁰* ». Il s'agit là d'un effet pervers de la loi du 26 juillet 2005⁵³¹ qui, à terme, peut conduire à l'accroissement de la précarité qu'elle semblait pourtant vouloir limiter.

La dernière limite identifiée par Nicolas FONT « *repose sur le champ d'application rationae materiae de la loi⁵³²* ». Les dispositions de la loi du 26 juillet 2005⁵³³, permettant la conclusion d'un contrat à durée indéterminée, ne sont en effet applicables à l'issue des six années d'engagement que dans trois cas spécifiques : lorsque l'agent occupe un emploi permanent en raison de l'absence de corps ou de cadre d'emplois de fonctionnaires susceptible d'assurer les fonctions correspondantes⁵³⁴, lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service justifient qu'un emploi permanent du niveau de la catégorie A soit occupé par un agent non titulaire⁵³⁵ et, enfin, dans les communes de moins de 1 000 habitants, lorsque la durée de travail de certains emplois n'excède pas la moitié de celle des agents publics à temps complet⁵³⁶. L'article 3-3 du statut de la fonction publique territoriale, dans sa rédaction actuellement en vigueur, prévoit deux cas supplémentaires permettant la conclusion d'un contrat à durée indéterminée. Ces hypothèses étant réservées aux collectivités territoriales les moins importantes, la dernière des limites identifiée par Nicolas FONT conserve encore aujourd'hui sa pertinence.

⁵³⁰ BENTOLILA Pierre. « Projet de loi portant transposition du droit communautaire à la fonction publique : le vrai retour des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique territoriale ? ». *CTI*, 2005, n°6.

⁵³¹ Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183.

⁵³² FONT Nicolas. « La loi du 26 juillet 2005 ne généralise pas le CDI ». *AJFP*, 2012, p. 161.

⁵³³ Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183.

⁵³⁴ *Ibidem*, article 14.

⁵³⁵ *Ibidem*.

⁵³⁶ *Ibidem*.

La jurisprudence s'est d'ailleurs montrée particulièrement exigeante concernant le respect de ces limites, comme le démontre notamment l'arrêt *département du Nord*⁵³⁷ rendu le 23 décembre 2011 par le Conseil d'État. En l'espèce, le département du Nord a recruté un agent à compter du 1^{er} avril 1999, d'abord en qualité de collaborateur de cabinet puis comme administrateur territorial, par contrats successifs d'un an pour une durée totale de 7 ans. Ces contrats ont été conclus sur le fondement des dispositions du premier alinéa de l'article 3 de la loi du 26 janvier 1984⁵³⁸, dans sa rédaction alors en vigueur ; il s'agissait par conséquent soit d'assurer le remplacement d'un titulaire autorisé à exercer ses fonctions à temps partiel ou indisponible en raison d'un congé, soit de faire face temporairement à la vacance d'un emploi qui ne pouvait être immédiatement pourvu selon les dispositions statutaires. Par arrêté en date du 6 juillet 2006, le président du conseil général du Nord conclut un contrat à durée indéterminée avec l'intéressé, considérant qu'il s'agissait là d'une stricte application des dispositions de la loi du 26 juillet 2005⁵³⁹. Tel ne fut pas l'avis du préfet du Nord, qui déféra cet arrêté par devant la juridiction administrative.

Tant le Tribunal Administratif de Lille⁵⁴⁰ que la Cour Administrative d'Appel de Douai⁵⁴¹ ont censuré cet arrêté. Le Conseil d'État ira dans le même sens, adoptant une interprétation très restrictive de la possibilité, pour les personnes publiques, de recourir à un contrat à durée indéterminée : « *[la possibilité de conclure un contrat à durée indéterminée à l'échéance de six années d'engagement] ne saurait s'appliquer aux contrats passés au titre du remplacement momentané de titulaires ou pour faire face temporairement et pour une durée maximale d'un an à la vacance d'un emploi, tels que visés par le premier alinéa du même article 3 de la loi du 26 janvier 1984 ; que, dès lors, seuls les agents bénéficiant de contrats entrant dans les catégories prévues par les quatrième, cinquième et sixième alinéas de ce même article peuvent se voir proposer, par décision expresse, après six années de fonction au moins, un contrat à durée indéterminée*⁵⁴² ». Nous nous étonnerons ici de constater que le département du Nord avait, dans un premier temps et par la voie de son président en exercice,

⁵³⁷ CE, 23 décembre 2011, *Département du Nord*, n°334584. *AJDA*, 2012, p. 71, note MC. De Monteclerc.

⁵³⁸ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

⁵³⁹ Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, p. 12183.

⁵⁴⁰ TA Lille, 31 octobre 2007, *Département du Nord*, n°0701518.

⁵⁴¹ CAA Douai, 8 octobre 2009, *Département du Nord*, n°09DA00455.

⁵⁴² CE, 23 décembre 2011, *Département du Nord*, n°334584. *AJDA*, 2012, p. 71, note MC. De Monteclerc.

broyamment tempêté à l'encontre de la possibilité de conclure des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique territoriale⁵⁴³ avant, dans un second temps, de tenter d'en faire bénéficier sans succès un de ses agents. Cette anecdote démontre, si besoin est d'insister sur ce point, toute l'ambivalence du discours politique quant à la place du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial.

Les trois limites identifiées par Nicolas FONT ont sans nul doute participé à l'absence de généralisation du contrat à durée indéterminée au sein de l'emploi public administratif territorial. Sans doute s'agit-il là d'une des raisons ayant poussé le législateur, au sein de la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires⁵⁴⁴, à subtilement modifier les conditions⁵⁴⁵ de calcul de l'ancienneté permettant à un agent de bénéficier d'un contrat à durée indéterminée⁵⁴⁵. Ces modifications ne nous paraissent toutefois pas de nature à entraîner des conséquences notables.

En tout état de cause, il n'en demeure pas moins que le recours au contrat permet désormais de recruter des agents de façon pérenne. En élargissant les modalités de recrutement contractuel offertes aux employeurs territoriaux, le législateur a contribué à sa banalisation.

CONCLUSION :

Le contrat est donc devenu, au sein de l'emploi public administratif territorial, un possible mode de recrutement pérenne, marquant là une rupture conceptuelle majeure. En niant au recrutement statutaire la faculté d'être seul à régir les recrutements pérennes, le législateur a finalement admis que celui-ci n'était pas à même de satisfaire l'ensemble des besoins des administrations territoriales.

⁵⁴³ DEROSIER Bernard. « Vers une fonction publique contractuelle ? ». *AJDA*, 2005, p. 857.

⁵⁴⁴ 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.

⁵⁴⁵ Sur ce point, il convient de retenir que le législateur a modifié la rédaction de l'article 3-4 du statut de la fonction publique territoriale. Les six années devant être prise en compte sont désormais six années de services publics, et non plus six années de services publics effectifs. La modification est subtile et ne bouleverse en rien l'économie générale du dispositif.

Cela est d'autant plus regrettable que la jurisprudence administrative avait progressivement affirmé le principe selon lequel le contrat, au contraire du statut, ne pouvait permettre des recrutements pérennes. Les juges avaient par là même rappelé le fondement conceptuel de cet emploi : le recrutement statutaire.

Tout ceci confirme la supposition précédemment émise : nous nous trouvons bien en présence de l'amorce d'une véritable perte de repère de l'emploi public administratif territorial, qui semble progressivement perdre en cohérence d'ensemble et ce principalement en raison du rôle grandissant du contrat en son sein.

La forteresse statutaire évoquée par Marcel POCHARD⁵⁴⁶ semble donc aujourd'hui se lézarder. Cela est d'autant plus vrai que l'emploi du contrat s'est banalisé au point de s'institutionnaliser.

⁵⁴⁶ POCHARD Marcel. « Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la fonction publique ». *CFPA*, 2002, n°213, pp. 3-7.

CHAPITRE 2

LE CONTRAT, OUTIL DE RECRUTEMENT DÉSORMAIS INSTITUTIONNALISÉ

L'importance du contrat, au sein de l'emploi public administratif territorial, s'est très largement accrue. Nous l'avons vu, censé n'être initialement qu'un simple complément au recrutement statutaire, le contrat est progressivement devenu un mode de recrutement pérenne avec l'apparition notamment de la possibilité de conclure des contrats à durée indéterminée. Au surplus, nous constaterons à quel point le contrat, comme mode de recrutement au sein de l'emploi public administratif territorial, s'est banalisé au point justement de s'institutionnaliser.

Le contrat est en théorie censé n'être qu'un mode de recrutement exceptionnel au sein de l'emploi public administratif territorial et ce malgré la multitude de cas permettant d'y avoir recours⁵⁴⁷. Or de nombreux recensements ont été effectués et permettent de constater l'importance quantitative du recours au contrat au sein de l'emploi public administratif territorial (SECTION I).

Face à ce phénomène, le gouvernement et le législateur ne sont pas restés inactifs. En effet, de nombreux décrets et de nombreuses lois visant à réduire l'emploi du contrat au sein des différentes fonctions publiques ont été adoptés, malheureusement en vain (SECTION II).

L'emploi constant du contrat, son importance quantitative et l'impossibilité manifeste d'en freiner l'utilisation démontrent l'institutionnalisation factuelle de ce mode de recrutement.

⁵⁴⁷ En ce sens, il convient de s'attarder les développements précédents.

SECTION I - L'importance quantitative du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial :

Connaître le nombre des agents constituant l'emploi public administratif territorial est indispensable. Cette donnée permet en effet d'organiser au mieux la gestion des emplois, de connaître le poids budgétaire de ces agents, mais aussi et surtout de prendre la mesure de l'importance quantitative du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial ; c'est d'ailleurs ce dernier point qui nous intéresse en l'espèce.

Afin d'y parvenir, il nous sera nécessaire d'exploiter les données fournies tant par le conseil supérieur de la fonction publique territoriale que par l'observatoire de l'emploi public.

Le conseil supérieur de la fonction publique territoriale, institué par les articles 8 et suivants du statut de la fonction publique territoriale a notamment pour mission de « *[constituer] une documentation et [tenir] à jour les statistiques d'ensemble concernant la fonction publique territoriale*⁵⁴⁸ ».

L'objectif principal de l'observatoire de l'emploi public, créé par le décret n°2000-663 du 13 juillet 2000⁵⁴⁹, est résumé au sein du discours prononcé par le ministre de la décentralisation et de la fonction publique à l'occasion de son inauguration : « *[être] capable d'une part de comptabiliser, avec plus de précision et plus de célérité qu'aujourd'hui, les agents publics, et d'autre part d'anticiper l'évolution des emplois et des effectifs dans les fonctions publiques pour en déduire les compétences, et donc les recrutements et les formations dont nous aurons besoin à l'avenir sont deux impératifs qui ont, il faut bien l'avouer, été souvent évoqués dans le passé : les études conduites sur le sujet par les inspections générales, par le commissariat au plan, par la Cour des comptes, sont nombreuses et, pour certaines, déjà anciennes (...). Pour autant, force est de constater que nos réalisations dans ce domaine sont faibles, et que les discours ont, trop rarement, été suivis d'effet. Le premier des objectifs assignés à l'Observatoire consistera donc à réaliser des études statistiques et prospectives sur l'emploi dans les trois fonctions publiques. Cette fonction statistique est primordiale (...). Il s'agit d'alimenter le Parlement en informations*

⁵⁴⁸ Article 9 alinéa 7 de la loi n°84-53, dans sa rédaction initiale.

⁵⁴⁹ Décret n°2000-663 du 13 juillet 2000 portant création de l'Observatoire de l'emploi public. *JORF*, 14 juillet 2000, n°162, p. 10867.

*pertinentes, claires, lisibles*⁵⁵⁰ ». Cet observatoire de l'emploi public est rattaché à la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP) du ministère de la décentralisation et de la fonction publique.

Ainsi, et dans un premier temps, nous nous attarderons sur les données statistiques à notre disposition (§1). Ensuite, nous procéderons à leur analyse détaillée (§2).

Les contrats aidés sont exclus de la présente étude statistique : il n'existe en effet, à notre connaissance, aucune étude statistique recensant les agents recrutés par ce biais et affectés à un emploi public administratif. De plus, ces contrats sont liés à la mise en place de dispositifs incitatifs qui ne sont par principe qu'éphémères et transitoires. Leur étude détaillée ne nous aurait pas permis de révéler une quelconque tendance de fond.

§1 – Un recrutement contractuel mesuré par les pouvoirs publics :

L'importance quantitative du recrutement contractuel au sein de l'emploi public administratif territorial est scrutée depuis de nombreuses années par les pouvoirs publics.

Afin d'établir l'importance quantitative du recrutement contractuel⁵⁵¹, nous étudierons successivement la période de 1980 à 2001 (A) – période antérieure à la création de l'observatoire de l'emploi public – puis la période de 2001 à nos jours (B).

A. L'importance quantitative du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial de 1980 à 2001 :

La création tardive de l'observatoire de l'emploi public est une des raisons pour lesquelles les données relatives à la période antérieure à 2001 sont éparées. Celles-ci ont

⁵⁵⁰ SAPIN Michel. *Discours prononcé à l'occasion de l'installation de l'observatoire de l'emploi public*. 19 septembre 2000. [EN LIGNE] Disponible sur : <http://www.fonction-publique.gouv.fr/ministre/presse/discours-128> (consulté le 18 février 2014).

⁵⁵¹ Les données statistiques ici présentées sont regroupées au sein d'un tableau et illustrées sous forme de graphique en annexe de la présente thèse. En ce sens, voir annexe n°1.

pourtant donné lieu à la rédaction d'une étude statistique particulièrement intéressante, réalisée par Philippe RAYNAUD⁵⁵².

Ce dernier observe qu'en 1983, à la veille de l'adoption du statut de la fonction publique territoriale⁵⁵³, les employeurs publics locaux comptabilisaient 30% de non titulaires. En 1990, la part du contrat – comme mode de recrutement – est réduite à 23%, pour finalement atteindre 20% onze ans plus tard, en 2001. Nous remarquons par conséquent une baisse plus que notable entre 1983 et 1990, suivie d'une relative stagnation. L'auteur explique que cette baisse spectaculaire, suivie d'une certaine stabilisation, est due à « *l'absence de cadres d'emploi correspondant à certains besoins de recrutement (informaticiens par exemple) (...). La création progressive des différents cadres d'emploi dans la FPT s'est accompagnée d'une diminution de la part de non-titulaires (30 % en 1983 et 20 % en 2001)*⁵⁵⁴ ».

Si cette première baisse spectaculaire de l'emploi du contrat comme mode de recrutement – diminution de 10% de l'effectif entre 1983 et 2001 – est liée à la consolidation progressive des statuts de la fonction publique territoriale, la stabilité qui s'ensuit laisse à penser qu'outre ce phénomène initial, il demeure une frange irréductible d'agents contractuels. Il convient, afin de vérifier cette hypothèse, d'étudier les chiffres fournis, pour les années suivantes, par l'observatoire de l'emploi public.

En tout état de cause, les résultats de l'étude statistique menée par Philippe RAYNAUD⁵⁵⁵ méritent à notre sens d'être nuancés, du moins dans leur portée effective quant à l'objet de la présente thèse. En effet, cette étude ne distingue pas si les agents contractuels des collectivités territoriales et de leurs établissements publics relèvent d'un emploi administratif ou d'un emploi commercial et industriel. Une telle distinction, sur la période considérée, aurait été particulièrement difficile à effectuer. Il convient de rappeler que les

⁵⁵² RAYNAUD Philippe. « L'emploi public est tiré par la fonction publique territoriale ». *Économie et statistique*, 2003, n°369-370, pp. 75-92.

⁵⁵³ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

⁵⁵⁴ RAYNAUD Philippe. « L'emploi public est tiré par la fonction publique territoriale ». *Économie et statistique*, 2003, n°369-370, pp. 75-92. p. 80.

⁵⁵⁵ Ibidem.

critères d'une telle distinction ne sont devenus pertinents qu'à la suite de l'arrêt *Berkani*⁵⁵⁶, rendu par le Tribunal des Conflits en 1996. Il convient également de préciser que cette étude statistique comptabilise en son sein les assistantes maternelles à domicile⁵⁵⁷ (ce qui représente, pour la seule année 2001, 57 000 agents, soit environ 4% de l'effectifs d'agents contractuels). Enfin, les emplois aidés sont exclus de cette étude statistique⁵⁵⁸.

B. L'importance quantitative du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial depuis 2001 :

À compter de l'année 2001, la DGAFP produit chaque année un rapport qui mesure avec précision l'importance quantitative du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial⁵⁵⁹. L'ensemble des données issues de ces rapports est synthétisé en annexe de la présente thèse⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres contre conseil des prud'hommes, dite Berkani*, n°03000. *Leb.*, p. 536. *AJDA*, 1996, p. 355, chron. J.H. Stahl et D. Chauvaux. *CJEG*, 1997, p. 35, note J.F. Lachaume. *D.*, 1996, p. 598, note Y. Saint-Jours. *AJFP*, 1996, n°2, p. 4. *AJFP*, 1997, n°3, p.15, commentaire P. Boutelet. *DA*, 1996, n°319, obs. J.B. A. *Dr. Soc.*, 1996, p.735, obs. X. Prétot. *JCP*, 1996, n°22664, note P. Moudoudou. *LPA*, 1997, n°7, note S. Alberelli-Francfort. *RFDA*, 1996, p.819, concl. P. Martin.

⁵⁵⁷ RAYNAUD Philippe. « L'emploi public est tiré par la fonction publique territoriale ». *Économie et statistique*, 2003, n°369-370, pp. 75-92. p. 79.

⁵⁵⁸ Ibidem, p. 81. En ce sens, voir notamment la mention portée au-dessous du tableau n°3 : « *Champ : emplois principaux, y compris assistantes maternelles, hors emplois aidés* ».

⁵⁵⁹ Les rapports utilisés sont les suivants :

DGAFP. *La fonction publique de l'État, Rapport annuel 2002*. La Documentation Française, 2003, 184 p. pp. 22-25 ;

DGAFP. *Fonction publique : faits et chiffres 2002*. La Documentation Française, 2003, 240 p. p. 22 ;

DGAFP. *Fonction publique : faits et chiffres 2004*. La Documentation Française, 2005, 270 p. p. 8 ;

DGAFP. *Rapport annuel fonction publique : faits et chiffres 2005-2006*. La Documentation Française, 2006, 303 p. p. 32 ;

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : volume 1, faits et chiffres 2006-2007*. La Documentation Française, 2007, 535 p. p. 30 ;

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : volume 1, faits et chiffres 2007-2008*. La Documentation Française, 2008, 645 p. p. 32 ;

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : volume 1, faits et chiffres 2008-2009*. La Documentation Française, 2009, 725 p. p. 30 ;

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : volume 1, faits et chiffres 2009-2010*. La Documentation Française, 2010, 438 p. p. 29 ;

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres 2010-2011*. La Documentation Française, 2011, 580 p. p. 116 ;

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2012*. La Documentation Française, 2012, 572 p. p. 86 ;

Synthétiquement, entre 2001 et 2013, l'effectif total de l'emploi public administratif territorial a progressé, passant de 1 328 377 agents en 2001 à 1 878 745 agents en 2013, soit 550 368 agents supplémentaires en l'espace de 13 ans. Une progression du nombre d'agents contractuels est également observable durant cette période.

La donnée la plus intéressante pour la présente étude est le rapport entre le nombre d'agents contractuels et l'effectif total de l'emploi public administratif territorial. En prenant en compte l'effectif contractuel sans les assistantes familiales, les assistantes maternelles et les contrats aidés, le rapport oscille pour la période 2001 – 2013 entre 20,42% et 19,31%. Si l'on inclut à ce rapport les assistantes familiales et les assistantes maternelles, ce rapport oscille alors – pour la même période – entre 24,70% et 22,41%.

De ces quelques données statistiques portées à notre connaissance, quelle analyse pouvons-nous retirer ?

§2 – Un recrutement contractuel quantitativement constant :

Afin d'analyser le plus précisément possible les statistiques et chiffres ci-dessus évoqués, il nous paraît indispensable, en premier lieu, de distinguer trois périodes : de 1983 à 1990, de 1990 à 2001 puis de 2001 à nos jours.

La première période constitue une anomalie. En effet, et comme nous avons pu l'observer, cette période est marquée par une très forte régression de l'emploi contractuel administratif des collectivités territoriales : les agents contractuels représentaient en effet, au lendemain de l'adoption des statuts de la fonction publique territoriale, près de 30% de

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2013*. La Documentation Française, 2013, 652 p. p. 112 ;

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2014*. La Documentation Française, 2014, 572 p. p. 91 ;

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2015*. La Documentation Française, 2015, 664 p. p. 102 ;

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2016*. La Documentation Française, 2016, 684 p. p. 97.

⁵⁶⁰ En ce sens, voir annexe n°1.

l'effectif total, pour atteindre 23% en 1990. Cette baisse spectaculaire de l'emploi du contrat s'explique certainement – comme nous l'avons déjà évoqué – par ce que nous qualifierons de phase de construction de la fonction publique territoriale. Au début de cette période on note en effet « l'absence de cadres d'emploi correspondant à certains besoins de recrutement (informaticiens par exemple)⁵⁶¹ » ce qui – de fait – conduit initialement à une très forte utilisation du contrat. Toutefois, la création rapide de cadres d'emplois adaptés aux besoins des collectivités territoriales et de leurs établissements publics conduit à la baisse spectaculaire observée : le contrat ne représente plus que 23% de l'emploi public administratif territorial en 1990⁵⁶².

Suite à cette première phase de décroissance rapide – relativement courte (7 ans) – s'amorce une seconde phase de décroissance, cette fois beaucoup moins importante que précédemment.

Cette seconde phase se déroule entre 1990 et 2001. Pendant cette période, la part de non titulaires passe ainsi de 23%⁵⁶³ à 20,43%⁵⁶⁴ de l'effectif total. La diminution est beaucoup moins importante que précédemment. Il nous est donc possible d'observer l'amorce d'une stabilisation⁵⁶⁵.

La troisième phase – qui est celle aujourd'hui encore observable – débute en 2001. À compter de cette date, l'effectif contractuel reste globalement stable aux alentours de 20%⁵⁶⁶ de l'emploi territorial total.

Le pourcentage d'agents contractuels est donc quasi-constant depuis 2001. Il est même possible d'affirmer que l'emploi contractuel est en phase de stabilisation depuis 1990.

⁵⁶¹ RAYNAUD Philippe. « L'emploi public est tiré par la fonction publique territoriale ». *Économie et statistique*, 2003, n°369-370, pp. 75-92. p. 80.

⁵⁶² Ibidem.

⁵⁶³ Ibidem, p. 81.

⁵⁶⁴ DGAFP. *La fonction publique de l'État, Rapport annuel 2002*. La Documentation Française, 2003, 184 p. p. 25.

⁵⁶⁵ Les deux premières phases ici identifiées marquent une décroissance de l'emploi non titulaire. C'est pourquoi ces deux phases sont représentées sur le même graphique au sein de l'annexe à la présente thèse.

⁵⁶⁶ Ce chiffre est obtenu en effectuant la moyenne des pourcentages d'agents contractuels au sein de l'emploi public administratif territorial pour les années 2001 à 2014, et ce selon les résultats précédemment annoncés, fournis par la DGAFP.

Ainsi, il nous apparaît que l'utilisation du contrat, au sein de l'emploi public administratif territorial, est nécessaire pour occuper environ un cinquième des postes disponibles et ce de depuis 1990. Cette stabilité est particulièrement notable. L'expression selon laquelle les agents contractuels constituent « *le seul moyen de mettre un peu d'huile dans les rouages de la machine administrative*⁵⁶⁷ » prend ici tout son sens.

Par ailleurs, si le contrat est resté quantitativement très important, c'est en dépit des quelques initiatives du gouvernement et du législateur pour tenter d'en réduire le nombre. Même si cela peut paraître surprenant au regard des développements précédents, à l'occasion desquels nous avons pu constater que le législateur avait œuvré en faveur du contrat et de sa pérennisation, de très nombreux décrets et lois sont intervenus afin de tenter de limiter l'importance du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial.

SECTION II - L'échec des initiatives visant à la réduction de l'emploi contractuel :

Alors que l'importance quantitative de l'emploi du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial stagne depuis maintenant près d'un quart de siècle, le gouvernement et le législateur ne sont pas restés inactifs. Nous avons vu, d'une part, que le législateur a progressivement multiplié les cas de recrutements contractuels ; qu'il a également œuvré en faveur de la pérennisation de ces contrats. Toutefois, d'autre part et dans le même temps, le gouvernement et le législateur ont périodiquement eu recours à des plans de titularisation. Ces plans ont pris la forme de décrets⁵⁶⁸, d'ordonnances⁵⁶⁹ ou même de lois⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ HAMON Francis. *Droit des fonctions publiques. Vol. 1, Organisation et gestion*. LGDJ, 2002, 176 p. p. 68. Dans le même sens, voir également : MONIOLLE Carole. *Les agents non titulaires de la fonction publique de l'État*. LGDJ, 1999, 303 p. p. 95.

⁵⁶⁸ En ce sens, voir notamment : Décret n°65-528 du 29 juin 1965 relatif à la titularisation dans les corps de fonctionnaires de la catégorie D d'agents de l'état recrutés en qualité d'auxiliaires. *JORF*, 6 juillet 1965, p. 5707.

⁵⁶⁹ En ce sens, voir notamment : Ordonnance n°45-1006 du 21 mai 1945 relative à la titularisation des employés auxiliaires temporaires de l'état. *JORF*, 22 mai 1945, p. 2882.

⁵⁷⁰ En ce sens, voir notamment : Loi n°50-400 du 3 avril 1950 portant autorisation de transformation d'emplois et réforme de l'auxiliariat. *JORF*, 6 avril 1950, p. 3704.

Ainsi, depuis l'après-guerre et avant même l'adoption des statuts de la fonction publique, cinq de ces plans ont été mis en œuvre⁵⁷¹. Ceux-ci ne seront pas évoqués plus avant, l'intérêt de leur étude pour la présente thèse étant fort limité. En tout état de cause, depuis la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires⁵⁷², on dénombre une dizaine de plans de titularisation⁵⁷³, soit presque un plan tous les trois ans. Leur portée est variable : certains de ces plans sont sectoriels, d'autres sont plus généraux.

Parmi l'ensemble de ces plans de titularisation, il convient de s'attarder plus particulièrement sur trois d'entre eux, dont la portée est particulièrement large. Tout d'abord,

⁵⁷¹ Les cinq plans de titularisations ayant été mis en œuvre entre l'après-guerre et l'adoption des statuts de la fonction publique sont les suivants :

Ordonnance n°45-1006 du 21 mai 1945 relative à la titularisation des employés auxiliaires temporaires de l'état. *JORF*, 22 mai 1945, p. 2882 ;

Loi n°50-400 du 3 avril 1950 portant autorisation de transformation d'emplois et réforme de l'auxiliariat. *JORF*, 6 avril 1950, p. 3704 ;

Décret n°65-528 du 29 juin 1965 relatif à la titularisation dans les corps de fonctionnaires de la catégorie D d'agents de l'état recrutés en qualité d'auxiliaires. *JORF*, 6 juillet 1965, p. 5707 ;

Décret n°76-307 du 8 avril 1976 relatif à la titularisation dans les corps de fonctionnaires de la catégorie D d'agents auxiliaires de l'état. *JORF*, 9 avril 1976, p. 2164 ;

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, p. 2270.

⁵⁷² Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174.

⁵⁷³ Les plans de titularisation postérieurs à l'adoption de la loi du 13 juillet 1983 sont les suivants :

Loi n°83-481 du 11 juin 1983 définissant les conditions dans lesquelles doivent être pourvus les emplois civils permanents de l'état et de ses établissements publics et autorisant l'intégration des agents non titulaires occupant de tels emplois. *JORF*, 14 juin 1983, p. 1783 (si cette loi est effectivement antérieure d'un peu plus d'un mois à la loi du 13 juillet 1983, il n'en demeure pas moins que ses dispositions ne sont entrées en vigueur qu'avec l'adoption de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, raison pour laquelle nous considérons qu'il s'agit là d'un plan postérieur à l'adoption du premier titre des statuts de la fonction publique) ;

Décret n°85-1461 du 30 décembre 1985 fixant le statut particulier des chargés de mission de la recherche du Centre national de la recherche scientifique. *JORF*, 31 décembre 1985, p. 15687 ;

Loi n°96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire, dite « loi Perben ». *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 (voir l'article 35 de cette loi) ;

Décret n°2000-733 du 31 juillet 2000 fixant les dispositions applicables à la titularisation de personnels contractuels régis par le décret n°78-210 du 28 février 1978 relatif au statut des personnels contractuels techniques et administratifs affectés à la recherche au ministère de la culture et de l'environnement. *JORF*, 3 août 2000, n°178, p. 12021 ;

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, dite « Loi Sapin ». *JORF*, 4 janvier 2001, p. 96 ;

Ordonnance n°2009-325 du 25 mars 2009 relative à la création de l'Agence de services et de paiement et de l'Établissement national des produits de l'agriculture et de la mer. *JORF*, 27 mars 2009, n°0073, p. 5467 (voir l'article 5 de cette ordonnance) ;

Décret n°2011-1139 du 21 septembre 2011 portant statut particulier du corps des techniciens supérieurs de la météorologie. *JORF*, 23 septembre 2011, n°0221, p. 15908 ;

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.

nous nous attarderons sur deux tentatives passées, dont l'échec a été manifeste (§1). Ensuite, nous nous attarderons sur le dernier plan de titularisation en date – issu de la loi dite Sauvadet du 12 mars 2012⁵⁷⁴ – dont il n'est pas encore possible de tirer le bilan. Toutefois, cette nouvelle tentative de réduction de l'emploi contractuel nous paraît également vouée à n'avoir qu'un effet marginal (§2).

Nous n'étudierons ici que les dispositions relatives à l'emploi public territorial, objet de la présente étude. L'analyse de ces trois plans de titularisation permettra de saisir l'étendue des efforts entrepris par le législateur et, de fait, leur inanité.

§1 – L'échec des lois dites « Perben » et « Sapin » :

Deux tentatives passées de réduction de l'emploi contractuel nous semblent devoir être évoquées. Ainsi, nous nous attarderons en premier lieu sur la loi dite « Perben » du 16 décembre 1996⁵⁷⁵ (A), pour ensuite nous intéresser à la loi dite « Sapin » du 3 janvier 2001⁵⁷⁶ (B).

A. La mise en œuvre infructueuse de concours réservés par la loi n°96-1093 du 16 décembre 1996 :

L'adoption de la loi n°96-1093 du 16 décembre 1996⁵⁷⁷ fait suite à la signature d'un protocole d'accord le 14 mai 1996 entre le gouvernement et plusieurs organisations

⁵⁷⁴ 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.

⁵⁷⁵ Loi n°96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire, dite « loi Perben ». *JORF*, 17 décembre 1996, n°0293, p. 18512.

⁵⁷⁶ 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, dite « Loi Sapin ». *JORF*, 4 janvier 2001, p. 96.

⁵⁷⁷ Loi n°96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire, dite « loi Perben ». *JORF*, 17 décembre 1996, n°0293, p. 18512.

syndicales⁵⁷⁸. Ce protocole prévoit trois types de mesures : « *un plan de résorption sur quatre ans de l'emploi précaire existant, (...) des mesures de prévention de la reconstitution de l'emploi précaire [et enfin] une amélioration des garanties offertes aux agents non titulaires*⁵⁷⁹ ». L'ambition de ce protocole d'accord est par conséquent particulièrement grande.

Sur le plan législatif, concernant le versant territorial de la fonction publique, l'article 6 de la loi n°96-1093 du 16 décembre 1996⁵⁸⁰ offre la possibilité d'organiser, pour une durée de 4 ans à compter de la publication de cette loi, des concours réservés ouvrant droit à titularisation à des candidats remplissant cinq conditions cumulatives⁵⁸¹. En premier lieu, les candidats doivent « *justifier, à la date du 14 mai 1996, de la qualité d'agent non titulaire des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, recruté en application de l'article 3 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984* ». En second lieu, ces agents doivent, à la même date, être « *en fonction ou bénéficier d'un congé en application du décret pris sur le fondement de l'article 136 de la même loi* ». En troisième lieu, ils doivent « *[exercer] dans le ressort de l'autorité organisatrice du concours, des fonctions qui correspondent à celles définies par les statuts particuliers des cadres d'emplois pour lesquels un concours au plus a donné lieu à la même date à l'établissement d'une liste d'aptitude, le cas échéant dans la spécialité considérée* ». En quatrième lieu, les candidats doivent également « *justifier, au plus tard à la date de clôture des inscriptions au concours, des titres ou diplômes requis, le cas échéant, des candidats au concours externe d'accès au cadre d'emplois concerné* ». Enfin, en cinquième lieu, à la date de clôture des inscriptions au concours, les candidats doivent justifier « *d'une durée de services publics effectifs de même niveau de catégorie au moins égale à quatre ans d'équivalent temps plein au cours des huit dernières années. Pour l'appréciation de cette*

⁵⁷⁸ BLAIZOT François. *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale sur le projet de loi relation à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire*. Sénat, n°512 (1995-1996). 164 p. pp. 12-13. [EN LIGNE] Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/196-044/196-0441.pdf> (consulté le 19 mars 2015).

⁵⁷⁹ Ibidem.

⁵⁸⁰ Loi n°96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire, dite « loi Perben ». *JORF*, 17 décembre 1996, n°0293, p. 18512. Article 6.

⁵⁸¹ Afin d'être parfaitement complet, il convient de noter que le dernier alinéa de l'article 6 de cette loi introduit un très léger assouplissement de ces conditions, en indiquant que : « *Toutefois, les candidats qui, à la date du 14 mai 1996, justifiaient des titres ou diplômes et de la durée de services exigés [par cette loi] et qui ont exercé les fonctions [qui correspondent à celles définies par les statuts particuliers des cadres d'emplois pour lesquels un concours au plus a donné lieu à la même date à l'établissement d'une liste d'aptitude, le cas échéant dans la spécialité considérée] en la qualité d'agent non titulaire prévue au (...) pendant une partie de la période comprise entre le 1^{er} janvier 1996 et le 14 mai 1996, sont également admis à se présenter aux concours réservés* ».

dernière condition, les périodes de travail à temps non complet correspondant à une durée supérieure ou égale au mi-temps sont assimilées à des périodes à temps plein ; les autres périodes de travail à temps non complet sont assimilées aux trois quarts du temps plein ».

Ces cinq conditions sont pour le moins rédhitoires. De plus, postérieurement à l'organisation de ces voies de recrutement dérogatoires, la titularisation n'est pas automatique. L'article 7 de la loi n°96-1093 indique en effet que « *les concours réservés prévus à l'article 6 donnent lieu à l'établissement de listes d'aptitude classant par ordre alphabétique les candidats déclarés aptes par le jury. L'inscription sur une liste d'aptitude ne vaut pas recrutement. Tout candidat déclaré apte depuis moins de deux ans peut être nommé dans un des emplois du cadre d'emplois auquel le concours réservé correspondant donne accès (...)*⁵⁸² ». La titularisation, à l'issue de ces concours réservés, relève par conséquent uniquement du pouvoir discrétionnaire de l'autorité territoriale.

S'acquitter des conditions requises à la présentation au concours est à ce point difficile que l'on ne peut que douter des résultats de cette loi pour réduire la place du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial. Il est d'ailleurs étrange de constater qu'à notre connaissance, aucune évaluation précise de la portée des dispositions précitées n'a été effectuée. En tout état de cause, seul le rapport parlementaire⁵⁸³ établi à l'occasion des discussions sur le projet de loi qui aboutira à l'adoption de la loi n°2012-347 du 12 mars 2012⁵⁸⁴ mentionne quelques éléments en ce sens, et semble indiquer que l'effectivité de cette loi aurait été très limitée ailleurs que dans la fonction publique d'État. Nous ne saurions contredire ce postulat, et ce au regard des évaluations chiffrées présentées chaque année par la Direction Générale de l'Administration et de la Fonction Publique⁵⁸⁵.

⁵⁸² Loi n°96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire, dite « loi Perben ». *JORF*, 17 décembre 1996, n°0293, p. 18512. Article 7.

⁵⁸³ TASCA Catherine. *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale sur le 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 (procédure accélérée)*. Sénat, n°784 (2010-2011) et n°261 (2011-2012). 307 p. [EN LIGNE] Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/11-260/11-2601.pdf> (consulté le 19 mars 2015).

⁵⁸⁴ 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.

⁵⁸⁵ En ce sens, voir développements supra.

Par ailleurs, il convient de rappeler que l'un des types de mesures initialement prévues au sein du protocole d'accord concernait la mise en place de dispositions visant à prévenir la reconstitution de l'emploi contractuel. Concernant le versant territorial de la fonction publique, nous sommes bien en peine d'identifier la mesure susceptible d'aboutir à un tel objectif. Certes, cette loi a mis en place le congé de fin d'activité, mais il semble particulièrement difficile d'attribuer cet objectif à une telle mesure.

B. L'échec de l'intégration directe et des concours réservés de la loi n°2001-2 du 3 janvier 2001 :

La loi dite « Sapin » du 3 janvier 2001⁵⁸⁶ a également été adoptée suite à la conclusion d'un protocole d'accord transactionnel entre le gouvernement et les organisations syndicales⁵⁸⁷. Là encore, des dispositions transitoires destinées à favoriser la titularisation des agents contractuels sont mises en place.

Concernant la fonction publique territoriale, le bénéfice des dispositions de cette loi est soumis à des critères relativement stricts. L'article 4 de cette loi⁵⁸⁸ précise que les agents éligibles doivent « justifier avoir eu, pendant au moins deux mois au cours des douze mois précédant la date du 10 juillet 2000, la qualité d'agent non titulaire recruté en application de l'article 3 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 ». Ils doivent également « avoir été, durant la période de deux mois [précédemment évoquée], en fonctions ou avoir bénéficié d'un congé en application du décret pris pour l'application de l'article 136 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 ». De plus, les agents doivent pouvoir « justifier, au plus tard à la date de la proposition de nomination dans le cadre d'emplois pour les agents [pouvant bénéficier d'une intégration directe], ou au plus tard à la date de la clôture des inscriptions aux concours pour les [autres], des titres ou diplômes requis des candidats au concours externe d'accès au cadre d'emplois concerné ». Pour les agents ne disposant pas des titres et diplômes requis, la

⁵⁸⁶ 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, dite « Loi Sapin ». *JORF*, 4 janvier 2001, p. 96.

⁵⁸⁷ En l'espèce, il s'agit d'un protocole d'accord signé le 10 juillet 2000.

⁵⁸⁸ 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, dite « Loi Sapin ». *JORF*, 4 janvier 2001, p. 96. Article 4.

possibilité d'obtenir « *la reconnaissance de leur expérience professionnelle en équivalence des conditions de titres ou diplômes requises pour se présenter aux concours* » est ouverte. Par ailleurs, les agents doivent « *justifier, au plus tard à la date de la proposition de nomination dans le cadre d'emplois pour les agents [pouvant prétendre à une intégration directe], ou au plus tard à la date de la clôture des inscriptions aux concours pour les agents [relevant de cette modalité], d'une durée de services publics effectifs au moins égale à trois ans d'équivalent temps plein au cours des huit dernières années* ». Il est à noter que « *pour l'appréciation de cette dernière condition, les périodes de travail à temps non complet correspondant à une durée supérieure ou égale au mi-temps sont assimilées à des périodes à temps plein, les autres périodes de travail à temps non complet sont assimilées aux trois quarts du temps plein* ». Enfin, les agents concernés doivent relever des « *cadres d'emplois ou, le cas échéant, les grades ou spécialités (...) au profit desquels sont intervenues des mesures statutaires prévues par le protocole d'accord du 9 février 1990 (...) ainsi que ceux relevant des dispositions de la loi n°96-1093 du 16 décembre 1996* ». Les critères posés par cette loi sont particulièrement stricts, et ne concernent au surplus pas tous les cadres d'emplois de la fonction publique territoriale.

L'article 5 de la loi n°2001-2⁵⁸⁹ prévoit une possibilité d'intégration directe sans concours dérogatoire, contrairement à la loi n°96-1093 du 16 décembre 1996⁵⁹⁰. Nous noterons immédiatement que les deux cas d'intégration directe s'avèrent en réalité fort limités. Seuls les agents recrutés par voie contractuelle sur un cadre d'emploi avant

⁵⁸⁹ 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, dite « Loi Sapin ». *JORF*, 4 janvier 2001, p. 96. Article 5 : « *Les agents non titulaires remplissant les conditions énumérées à l'article 4 et qui ont été recrutés après le 27 janvier 1984 peuvent accéder par voie d'intégration directe au cadre d'emplois dont les fonctions correspondent à celles au titre desquelles ils ont été recrutés et qu'ils ont exercées pendant la durée prévue au 4° de l'article 4, dans la collectivité ou l'établissement public dans lequel ils sont affectés, sous réserve de remplir l'une des conditions suivantes : / 1° Avoir été recrutés avant la date d'ouverture du premier concours d'accès audit cadre d'emplois organisé, dans le ressort de l'autorité organisatrice dont ils relèvent, en application des dispositions de l'article 36 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 précitée ; / 2° Ou avoir été recrutés au plus tard le 14 mai 1996 lorsque, à la date de leur recrutement, les fonctions qu'ils exerçaient correspondaient à celles définies par le statut particulier d'un cadre d'emplois pour lequel un seul concours a été organisé, dans le ressort de l'autorité organisatrice dont ils relèvent, en application des dispositions de l'article 36 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 précitée. / Le cas échéant, il peut être tenu compte, pour apprécier la condition d'ancienneté mentionnée au 4° de l'article 4 de la présente loi, de la durée des contrats effectués pour le compte de la collectivité ou de l'établissement public précédents. / Les agents concernés par les dispositions du présent article disposent d'un délai de douze mois à compter de la notification de la proposition qui leur est faite pour se prononcer sur celle-ci* ».

⁵⁹⁰ Loi n°96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire, dite « loi Perben ». *JORF*, 17 décembre 1996, n°0293, p. 18512.

l'organisation d'un concours et les agents occupant des emplois relevant d'un statut particulier pour lequel un seul concours a été organisé dans le ressort de leur autorité territoriale peuvent être directement intégrés. Il s'agit là, en d'autres termes, de procéder à l'intégration directe d'agents contractuels qui, manifestement, n'auraient pas été en mesure de se soumettre à un concours, et donc d'intégrer une position statutaire de manière classique.

À côté de cette intégration directe, le mécanisme du concours réservé est une nouvelle fois employé⁵⁹¹. Les critiques précédemment émises s'appliquent là encore, puisqu'une fois inscrit sur une liste d'aptitude, le lauréat du concours réservé ne dispose d'aucune certitude d'intégrer statutairement la fonction publique territoriale, la décision de nomination dépendant du pouvoir discrétionnaire de l'autorité territoriale.

Là encore, le caractère particulièrement restrictif des conditions posées par le législateur, soit pour bénéficier d'une intégration directe, soit pour pouvoir se présenter à un concours réservé, a entraîné un manque d'efficacité flagrant de ce plan de titularisation. Les retombées de cette loi ont ainsi été particulièrement limitées⁵⁹². En tout et pour tout, 39 150 agents ont pu bénéficier de ces dispositions dans les trois versants confondus de la fonction publique dont 33 000 au sein de la fonction publique d'État. Seuls 6 150 agents contractuels hospitaliers et territoriaux ont donc pu bénéficier des dispositions de cette loi. Ce bilan, combiné aux statistiques fournies annuellement par la Direction Générale de l'Administration

⁵⁹¹ En ce sens, voir : 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, dite « Loi Sapin ». *JORF*, 4 janvier 2001, p. 96. Article 6 : « *Les agents non titulaires remplissant les conditions énumérées à l'article 4 et qui ont été recrutés après le 14 mai 1996 peuvent se présenter à des concours réservés organisés pendant une période de cinq ans à compter de la date de publication de la présente loi à condition d'exercer, à la date de leur recrutement, des fonctions qui correspondent à celles définies par les statuts particuliers des cadres d'emplois pour lesquels un seul concours a été organisé, dans le ressort de l'autorité organisatrice dont ils relèvent, en application des dispositions de l'article 36 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 précitée. / Les intéressés doivent avoir exercé les fonctions définies au premier alinéa pendant la durée prévue au 4° de l'article 4 de la présente loi. Le cas échéant, il peut être tenu compte de la durée des contrats effectués pour le compte de la collectivité ou de l'établissement public précédents. / Les concours réservés donnent lieu à l'établissement de listes d'aptitude classant par ordre alphabétique les candidats déclarés aptes par le jury. / L'inscription sur une liste d'aptitude ne vaut pas recrutement. / Tout candidat déclaré apte depuis moins de deux ans peut être nommé dans un des cadres d'emplois auxquels le concours réservé donne accès, dans les conditions fixées par la dernière phrase du quatrième alinéa de l'article 44 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 précitée, nonobstant le délai mentionné au premier alinéa de l'article 4 de la présente loi* ».

⁵⁹² En ce sens, voir : TASCAs Catherine. *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale sur le 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 (procédure accélérée)*. Sénat, n°784 (2010-2011) et n°261 (2011-2012). 307 p. [EN LIGNE] Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/111-260/111-2601.pdf> (consulté le 19 mars 2015).

et de la Fonction Publique⁵⁹³, confirme l'échec plus que cuisant de ce plan de titularisation du moins dans ses dispositions concernant le versant territorial de l'emploi public administratif.

Suite à ces échecs, le législateur s'est-il montré plus ambitieux ? Il convient, pour répondre à cette interrogation, de s'attarder sur les dispositions de la loi n°2012-347 du 12 mars 2012⁵⁹⁴.

§2 - Le regrettable manque d'ambition de la loi dite « Sauvadet » du 12 mars 2012 :

La loi n°2012-347 du 12 mars 2012⁵⁹⁵ constitue le dernier plan de titularisation en date adopté par le législateur. Là encore, de nombreuses conditions d'accès à ce plan sont posées.

Ainsi, l'article 13 de cette loi⁵⁹⁶ prévoit que *« l'accès aux cadres d'emplois de fonctionnaires territoriaux peut être ouvert par la voie de modes de recrutement réservés valorisant les acquis professionnels (...) pendant une durée de quatre ans à compter de la date de publication de la présente loi »*. Les agents concernés par ce dispositif doivent, selon l'article 14 de cette même loi⁵⁹⁷, *« à la date du 31 mars 2011, [avoir été recrutés] en qualité d'agent contractuel de droit public »*, soit à temps complet, soit à temps partiel. Dans ce dernier cas de figure, les agents doivent pouvoir justifier d'une *« quotité de temps de travail au moins égale à 50 % »*. Au surplus, les agents éligibles à ce dispositif doivent avoir été recrutés soit pour occuper *« un emploi permanent pourvu conformément à l'article 3 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 »*, soit en vertu d'un contrat à durée indéterminée conclu selon les dispositions de l'article 35 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000⁵⁹⁸. Il convient également de

⁵⁹³ En ce sens, voir développements supra.

⁵⁹⁴ 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.

⁵⁹⁵ Ibidem.

⁵⁹⁶ Ibidem, article 13.

⁵⁹⁷ Ibidem, article 14.

⁵⁹⁸ 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. L'article 35 de cette loi offrait la possibilité aux agents contractuels, dont le contrat a été reconnu de nature publique suite à l'arrêt *Berkani*, de pouvoir opter soit pour le maintien de leur

noter que « *les agents intéressés doivent, au 31 mars 2011, être en fonction ou bénéficier d'un des congés prévus par le décret pris en application de l'article 136 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984*⁵⁹⁹ ». Le bénéfice des dispositions de cette loi de titularisation est également ouvert aux agents dont le contrat a cessé entre le 1^{er} janvier et le 31 mars 2011, à condition que la rupture du contrat n'ait pas été prononcée pour insuffisance professionnelle ou pour faute disciplinaire⁶⁰⁰.

Comme le législateur l'a systématiquement prévu au sein des différents plans de titularisation, une durée minimale de service est également exigée pour que l'agent puisse pouvoir prétendre au bénéfice du mode de recrutement réservé institué. Ainsi, l'article 15 de la loi du 12 mars 2012⁶⁰¹ exige « *une durée de services publics effectifs au moins égale à quatre années en équivalent temps plein [soit] au cours des six années précédant le 31 mars 2011 [soit] à la date de clôture des inscriptions au recrutement auquel ils postulent. Dans ce cas, au moins deux des quatre années de services exigées, en équivalent temps plein, doivent avoir été accomplies au cours des quatre années précédant le 31 mars 2011* ». Le législateur pose une autre condition encore plus drastique : « *les quatre années de services publics doivent avoir été accomplies auprès de la collectivité territoriale ou de l'établissement public qui emploie l'intéressé au 31 mars 2011 ou, [pour les agents dont le contrat a cessé entre le 1^{er} janvier et le 31 mars 2011], qui l'a employé entre le 1^{er} janvier 2011 et le 31 mars 2011* ». En d'autres termes, sont exclus de ce dispositif les agents contractuels ayant une durée de service suffisante, mais dont l'employeur a changé durant cette période. Une seule exception à ce principe est instaurée : « *les agents dont le contrat a été transféré ou renouvelé du fait d'un transfert de compétences relatif à un service public administratif entre une personne morale de droit public et une collectivité ou un établissement public (...) conservent le bénéfice de l'ancienneté acquise au titre de leur précédent contrat* ». Le législateur a également entendu exclure du calcul de la durée de service public effectif les services accomplis en qualité de collaborateur de groupe d'élu ou sur un emploi fonctionnel de l'article 47 du statut de la fonction publique territoriale. Enfin, « *peuvent également bénéficier de l'accès à la fonction publique territoriale prévu [par cette loi] les agents remplissant, à*

contrat à durée indéterminée de droit privé, soit pour la conclusion d'un contrat de droit public à durée indéterminée.

⁵⁹⁹ 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 14.

⁶⁰⁰ Ibidem.

⁶⁰¹ Ibidem, article 15.

[sa] date de publication (...), les conditions d'accès à un contrat à durée indéterminée (...) sous réserve, pour les agents employés à temps non complet, d'exercer à cette même date leurs fonctions pour une quotité de temps de travail au moins égale à 50 % d'un temps complet ».

Ce dispositif n'est pas non plus ouvert à tous les cadres d'emplois, ni à tous les grades. Ceux-ci sont limitativement énumérés par le décret n°2012-1293 du 22 novembre 2012⁶⁰² « *en fonction des objectifs de la gestion des cadres d'emplois*⁶⁰³ ».

En tout état de cause, la loi du 12 mars 2012 a introduit un mécanisme nouveau, consistant en l'établissement d'un programme pluriannuel, soumis à l'approbation du comité technique compétent, puis de l'organe délibérant⁶⁰⁴. Ce programme se doit de mettre en œuvre une gestion prévisionnelle, sur quatre ans, des titularisations d'agents contractuels à effectuer ainsi que des transformations de contrats à durée déterminée en contrats à durée indéterminée. Pour la mise en œuvre de ce programme, l'autorité territoriale dispose de plusieurs possibilités, prévues par l'article 17 de la loi du 12 mars 2012 : la mise en place de sélections professionnelles, de concours réservés ou encore de recrutements réservés sans concours pour l'accès au premier grade des cadres d'emplois de catégorie C⁶⁰⁵. Le législateur a également précisé que « *ces modes de recrutement sont fondés notamment sur la prise en compte des acquis de l'expérience professionnelle correspondant aux fonctions auxquelles destine le*

⁶⁰² Décret n°2012-1293 du 22 novembre 2012 pris pour l'application du chapitre II du titre Ier 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*, 24 novembre 2012, n°0274, texte n°11.

⁶⁰³ 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 16.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, article 17 : « *Dans un délai de trois mois suivant la publication [du décret précité], l'autorité territoriale présente au comité technique compétent un rapport sur la situation des agents remplissant les conditions [ci-dessus exposées ainsi] qu'un programme pluriannuel d'accès à l'emploi titulaire. Ce programme détermine notamment, en fonction des besoins de la collectivité territoriale ou de l'établissement public intéressé et des objectifs de la gestion prévisionnelle des effectifs, des emplois et des compétences, les cadres d'emplois ouverts aux recrutements réservés, le nombre d'emplois ouverts à chacun de ces recrutements et leur répartition entre les sessions successives de recrutement. Le programme pluriannuel peut mentionner également les prévisions sur quatre ans de transformation des contrats à durée déterminée en contrats à durée indéterminée (...). La présentation du rapport et du programme donne lieu à un avis du comité technique (...). Le programme pluriannuel d'accès à l'emploi est soumis à l'approbation de l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement, puis mis en œuvre par décisions de l'autorité territoriale ».*

⁶⁰⁵ *Ibidem*, article 18.

cadre d'emplois d'accueil sollicité par le candidat ». Si les concours réservés ne constituent pas une nouveauté, les sélections professionnelles n'ont encore jamais été expérimentées.

Comment se déroule, dans un tel cas de figure, le processus décisionnel aboutissant à la titularisation de du candidat ? La réponse est apportée par l'article 19 alinéa 2 de la loi « *la sélection professionnelle est confiée à une commission d'évaluation professionnelle dans laquelle siège l'autorité territoriale ou la personne qu'elle désigne*⁶⁰⁶ ». L'article 20 prévoit ensuite que « *la commission d'évaluation professionnelle procède à l'audition de chaque agent candidat et se prononce sur son aptitude à exercer les missions du cadre d'emplois auquel la sélection professionnelle donne accès. Elle dresse ensuite, par cadre d'emplois, par ordre alphabétique et en tenant compte des objectifs du programme pluriannuel d'accès à l'emploi titulaire de la collectivité ou de l'établissement, la liste des agents aptes à être intégrés. L'autorité territoriale procède à la nomination en qualité de fonctionnaire stagiaire des agents déclarés aptes*⁶⁰⁷ ». Il convient par conséquent de noter que l'autorité disposant du pouvoir de nomination est tenue par l'avis de la commission de sélection professionnelle, lui-même rendu en fonction du programme pluriannuel adopté par la personne publique. L'étendue de l'obligation pesant sur l'autorité territoriale est par conséquent fort limitée, puisqu'elle définit elle-même ses contours.

Le législateur a, par le biais de l'article 41 de la loi n°2016-483 du 20 avril 2016⁶⁰⁸, étendu l'application de ce dispositif aux agents en poste non plus au 31 mars 2011 mais au 31

⁶⁰⁶ Ibidem, article 19. Afin d'être parfaitement complet, concernant la composition de ces commissions, il convient de noter que ce même article prévoit que : « *la commission se compose, en outre, d'une personnalité qualifiée, qui préside la commission, désignée par le président du centre de gestion du ressort de la collectivité ou de l'établissement, et d'un fonctionnaire de la collectivité ou de l'établissement appartenant au moins à la catégorie hiérarchique, telle que définie à l'article 5 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 précitée, dont relève le cadre d'emplois auquel le recrutement donne accès. Ce dernier membre de la commission peut changer si la commission se prononce sur l'accès à des cadres d'emplois différents. / Lorsqu'une collectivité ou un établissement a confié l'organisation du recrutement au centre de gestion, celui-ci constitue une commission, présidée par le président du centre ou par la personne qu'il désigne, qui ne peut être l'autorité territoriale d'emploi. La commission se compose, en outre, d'une personnalité qualifiée désignée par le président du centre de gestion et d'un fonctionnaire de la collectivité ou de l'établissement appartenant au moins à la catégorie dont relève le cadre d'emplois auquel le recrutement donne accès. Ce dernier membre de la commission peut changer si la commission se prononce sur l'accès à des cadres d'emplois différents. / À défaut de fonctionnaire appartenant au moins à la catégorie dont relève le cadre d'emplois auquel le recrutement donne accès, la commission comprend un fonctionnaire issu d'une autre collectivité ou d'un autre établissement remplissant cette condition. / Les personnalités qualifiées mentionnées aux deuxième et troisième alinéas ne peuvent être un agent de la collectivité ou de l'établissement qui procède aux recrutements* ».

⁶⁰⁷ Ibidem, article 20.

⁶⁰⁸ 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. Article 41.

mars 2013 ; la durée d'application de ce plan est également étendue à six ans au lieu de quatre.

Si aucun bilan de cette loi n'est donc encore possible plusieurs observations peuvent toutefois déjà être effectuées. Il convient tout d'abord de noter le caractère particulièrement restrictif des critères nécessaires au bénéfice de ces dispositions⁶⁰⁹. Nous pensons notamment à l'obligation d'avoir accompli l'intégralité du temps de travail nécessaire au service d'un seul et unique employeur territorial. Il convient ensuite de noter qu'outre le nombre relativement restreint d'agents susceptibles d'être concernés par une telle mesure, la titularisation n'est pas automatique et relève là encore du pouvoir souverain de l'employeur puisqu'à l'issue des concours réservés aucune titularisation n'est obligatoirement prononcée. Les sélections professionnelles sont quant à elles organisées sur la base d'un plan pluriannuel, lui aussi établi par l'employeur territorial.

Cette nouvelle loi de réduction de l'emploi contractuel est-elle susceptible d'inverser une tendance ancrée depuis maintenant près d'un quart de siècle ? Les dispositions particulièrement restrictives de la loi du 12 mars 2012⁶¹⁰ sont-elles suffisantes pour réduire l'importance quantitative du contrat ? Sans vouloir faire montre d'un pessimisme exacerbé, nous ne pouvons qu'émettre les plus sérieux doutes quant aux résultats effectifs de ce dernier plan de titularisation en date. L'emploi du contrat est en effet, comme nous l'avons précédemment exposé, solidement ancré au sein de l'emploi public administratif territorial. La loi du 12 mars 2012⁶¹¹ s'avère quant à elle relativement peu ambitieuse et, pour ainsi dire, dans la droite lignée des précédents plans de titularisation. Cette loi ne constitue par conséquent pas un profond bouleversement de la place du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial. Ses effets seront sans doute relativement limités.

⁶⁰⁹ En ce sens, voir développement supra.

⁶¹⁰ 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.

⁶¹¹ Ibidem.

Nous l'avons vu, l'importance quantitative du contrat en tant qu'outil de recrutement au sein de l'emploi public administratif territorial est stable depuis près d'un quart de siècle. Pourtant, des plans de titularisation massifs – du moins dans la présentation qui en a été faite – ont été entrepris afin d'endiguer ce phénomène du recours au contrat, et ainsi asseoir la place du recrutement statutaire. La conclusion est par conséquent sans appel : les efforts du gouvernement et du législateur n'ont eu aucun effet sur l'utilisation du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial. Le contrat, en tant qu'outil de recrutement, s'est par conséquent institutionnalisé tant son utilisation est constante.

CONCLUSION :

Il ressort de l'ensemble de ces éléments que le recrutement contractuel s'est bel et bien institutionnalisé. Les efforts réglementaires et législatifs pour tenter de limiter l'importance quantitative du contrat n'ont pas abouti. Ces différents plans n'ont toutefois jamais eu les moyens de leurs ambitions à tel point que l'on peut légitimement questionner les intentions du législateur, qui ne semble en réalité jamais avoir eu pour objectif de freiner le recrutement contractuel. Ce dernier est probablement conscient de l'impossibilité absolue, pour les administrations territoriales, d'exécuter correctement l'ensemble des missions relevant de leurs compétences via le seul recrutement statutaire.

TITRE 2

CONCLUSION

La banalisation du recrutement contractuel, au sein de l'emploi public administratif territorial, s'explique par la conjonction de deux phénomènes : la pérennisation des relations contractuelles⁶¹² et l'institutionnalisation de ce mode de recrutement⁶¹³.

Le contrat représente une part stable et non négligeable de l'emploi public administratif territorial. Solidement ancré en son sein, il constitue « *le seul moyen de mettre un peu d'huile dans les rouages de la machine administrative*⁶¹⁴ ». Le contrat est donc un complément indispensable du statut, dont il souligne les insuffisances, l'inadaptation à l'ensemble des besoins des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

Au surplus, les évolutions récentes du rôle du contrat – qui permet désormais d'assurer des recrutements pérennes – nous semble révélateur de l'amorce d'une perte de repère de cet emploi.

⁶¹² En ce sens, voir partie I / titre 2 / chapitre 1 de la présente thèse.

⁶¹³ En ce sens, voir partie I / titre 2 / chapitre 2 de la présente thèse.

⁶¹⁴ HAMON Francis. *Droit des fonctions publiques. Vol. 1, Organisation et gestion*. LGDJ, 2002, 176 p. p. 68. Dans le même sens, voir également : MONIOLLE Carole. *Les agents non titulaires de la fonction publique de l'État*. LGDJ, 1999, 303 p. p. 95.

PARTIE I

CONCLUSION

Au titre de cette première partie de thèse, nous nous sommes donc spécifiquement attardés sur le contrat, révélateur de l'inadaptation du statut de la fonction publique à l'ensemble des missions de l'emploi public administratif territorial.

Dans un premier temps, nous avons pu constater la multiplicité des cas de recrutements d'agents contractuels, ce qui à notre sens est révélateur de l'inadaptation du statut à l'ensemble des missions de l'emploi public administratif territorial. Toutefois, si l'emploi du contrat n'avait été qu'exceptionnel, corrélativement les insuffisances du statut n'auraient été que marginales. Tel n'est cependant pas le cas.

Dans un second temps, nous avons en effet pu constater que le contrat en tant qu'outil de recrutement au sein de l'emploi public administratif territorial s'est très largement banalisé. Ainsi le contrat, initialement conçu comme un mode de recrutement temporaire, s'est pérennisé dans un nombre grandissant de cas. Nous avons également pu constater que le contrat s'est institutionnalisé. Les insuffisances du statut sont par conséquent nombreuses.

Ainsi, le contrat occupe aujourd'hui une place conséquente et durable au sein de l'emploi public administratif territorial. Les fondations de la forteresse statutaire évoquée par Marcel POCHARD⁶¹⁵ semblent durablement atteintes. Le recrutement statutaire ne constitue pas un modèle qui parvient à combler l'ensemble des besoins des administrations territoriales. Celles-ci ne peuvent en effet pas se passer d'un pourcentage relativement important d'agents contractuels afin d'assurer le fonctionnement courant de leurs services et ce en raison des rigueurs du recrutement statutaire. Dès lors, le recrutement statutaire est un modèle imparfait puisqu'il ne parvient pas à s'auto-suffire. Au surplus, ce modèle est générateur de précarité, puisque son fonctionnement normal exige le recrutement d'un nombre important d'agents contractuels pour la grande majorité engagés temporairement.

⁶¹⁵ POCHARD Marcel. « Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la fonction publique ». *CFPA*, 2002, n°213, pp. 3-7.

En outre, l'évolution progressive de la place du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial, via notamment la pérennisation des relations contractuelles, nous a permis de mettre en exergue ce que nous avons identifié comme l'amorce d'une progressive perte de repère de cet emploi.

En ce sens, le contrat, au sein de l'emploi public administratif territorial, est révélateur de l'inadaptation du statut à l'ensemble des missions relevant de cet emploi.

Le contrat nous paraît donc annonciateur d'une profonde remise en cause du régime juridique de l'emploi public administratif territorial. Si le contrat est révélateur des imperfections du droit de l'emploi public administratif territorial, ne pourrait-il pas également constituer un moyen d'adaptation de ce droit à l'ensemble de ses missions ?

Il s'agit là de l'objet de la seconde partie de la présente thèse.

PARTIE II

***LE CONTRAT, MOTEUR DE L'ADAPTATION DU
DROIT DE L'EMPLOI PUBLIC
ADMINISTRATIF TERRITORIAL
À L'ENSEMBLE DE SES MISSIONS***

Le contrat est indispensable au fonctionnement courant des administrations territoriales. Cela révèle les nombreuses imperfections du statut, qui ne peut en aucun cas seul permettre aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics d'accomplir l'ensemble des missions relevant de leurs compétences.

Quelles sont les conséquences du caractère indispensable du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial ? D'une part, cela implique une profonde remise en cause du modèle statutaire, qui ne parvient pas à lui seul à assurer le fonctionnement normal des administrations territoriales. D'autre part, l'utilisation du contrat implique systématiquement une grande précarité pour les agents ainsi recrutés. Cette précarité est principalement due au caractère dérogatoire du contrat lui-même justifié par une volonté affichée de maintenir à tout prix le statut comme repère fondamental de l'emploi public administratif territorial.

En d'autres termes, l'organisation statutaire de l'emploi public administratif territorial est un modèle imparfait générateur de précarité. Au surplus, la complexité générée par la multiplication des régimes juridiques à appliquer rend la gestion du personnel territorial de plus en plus ardue⁶¹⁶, ce qui paraît à tout le moins contre-productif.

⁶¹⁶ JEAN-PIERRE Didier. « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 ». *JCP A*, 2005, n°35, 1306.

Le recrutement statutaire paraît vecteur de nombreux désagréments que l'utilisation du contrat semble idéalement compenser. Pourquoi, dès lors, le contrat n'occuperait-il pas une place prééminente au sein de l'emploi public administratif territorial ?

Le contrat pourrait devenir moteur de l'adaptation à ses missions du droit applicable à l'emploi public administratif territorial. Ce faisant, il constituerait le socle de son renouveau, de sa modernisation.

Dans le cadre d'une telle hypothèse, plusieurs possibilités doivent être envisagées.

En premier lieu, si le droit de l'emploi public administratif territorial ne constitue pas en l'état un modèle pleinement satisfaisant, pourquoi ne pas envisager purement et simplement un abandon de ce droit tout entier au profit du droit commun du travail, où le contrat constitue la base des relations de travail ? La simplification serait évidente : tous les agents des administrations territoriales, quelle que soit la nature du service public assuré, relèveraient du droit commun du travail. Il est nécessaire, dans cette hypothèse, de vérifier si le droit commun du travail est susceptible de répondre à l'ensemble des besoins des administrations territoriales. Dans le cas contraire, la simplification ne serait qu'illusoire. Il convient également de s'interroger sur la plus-value que serait susceptible d'apporter une telle transition (TITRE 1).

En second lieu, nous nous attarderons sur une hypothèse à notre sens bien plus plausible : celle d'une modification en profondeur du droit de l'emploi public administratif territorial où le contrat aurait une place bien plus importante qu'aujourd'hui. Cette hypothèse consisterait donc à conserver les particularismes du droit de l'emploi public administratif qui seraient toutefois aménagés afin d'accorder un rôle prépondérant au contrat. Une telle hypothèse, seule à notre sens susceptible de faire évoluer efficacement le droit de l'emploi public administratif, n'est toutefois pas sans présenter de nombreuses difficultés (TITRE 2).

TITRE 1

***LE CONTRAT DE DROIT PRIVE, IMPOSSIBLE
OUTIL D'ADAPTATION DU RÉGIME JURIDIQUE
DE L'EMPLOI PUBLIC ADMINISTRATIF
TERRITORIAL À L'ENSEMBLE
DE SES MISSIONS***

Évoquer l'adaptation du régime juridique de l'emploi public administratif à ses missions par sa privatisation – et donc l'emploi massif du contrat de droit privé – peut, de prime abord paraître incongru. Il convient toutefois de rappeler qu'aujourd'hui de nombreux régimes juridiques coexistent⁶¹⁷ au sein de l'emploi public administratif territorial : les contrats aidés, dont le régime est celui du droit du travail et ce même au sein d'un service public administratif, les agents contractuels de droit public, les fonctionnaires, les vacataires... En somme, deux agents effectuant des tâches similaires peuvent être placés dans des situations juridiques fort différentes. La gestion de ces personnels, la correcte application des règles leur étant opposables – voire même la compréhension, par les agents, de leur situation juridique face à leur employeur – sont par conséquent loin d'être évidentes.

Dès lors, une privatisation pourrait conduire à limiter la variété des régimes juridiques applicables à l'emploi public administratif territorial. Il s'agirait là en d'autres termes d'une simplification via l'uniformisation, par le contrat, des régimes juridiques applicables à l'ensemble des employés des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Le contrat de droit privé constituerait donc dans cette hypothèse l'outil d'adaptation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial à ses missions. Le droit de l'emploi public administratif territorial tel qu'on le connaît aujourd'hui serait, dans une telle hypothèse, purement et simplement abandonné.

⁶¹⁷ En ce sens, voir notamment la partie 1 de la présente thèse.

Plusieurs précisions terminologiques liminaires sont indispensables avant d'envisager plus avant une telle hypothèse.

Tout d'abord, l'expression « droit de l'emploi public administratif » est utilisée, au sein de la présente thèse, afin de qualifier les règles de droit public applicables aux agents publics, titulaires ou non. L'objet du présent titre est donc d'envisager l'abandon pur et simple du droit de l'emploi public administratif territorial au profit d'une privatisation totale du régime juridique applicable aux agents des services publics administratifs territoriaux.

Ensuite, si l'on évoque une privatisation et non une travaillisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial, c'est en raison de l'étendue de l'hypothèse ici formulée. Il n'est en effet pas ici question d'un rapprochement entre le droit de l'emploi public administratif territorial et son pendant privé, qualifié de travaillisation par Monsieur le Professeur TOUZEIL-DIVINA⁶¹⁸. Au contraire, si nous évoquons ici une privatisation, c'est parce que notre hypothèse consiste à envisager l'abandon du droit de l'emploi public administratif territorial au profit d'une application pure et simple du droit du travail. Il est donc bel et bien ici question de privatisation et non de travaillisation de l'emploi public administratif territorial.

Enfin, pourrait-on, dans une telle hypothèse, continuer à utiliser l'expression « emploi public » ? Certes, le régime juridique applicable aux agents de l'administration ne présenterait alors plus aucune trace de droit public. Toutefois, ces agents seraient toujours employés par des personnes morales de droit public. La dénomination « emploi public » pourrait alors toujours être employée mais ne correspondrait alors plus qu'aux seuls contrats de travail de droit privé conclus par des personnes morales de droit public. C'est selon cette acception que nous utiliserons, au sein du présent titre, l'expression « emploi public ».

La privatisation ici envisagée pourrait au demeurant être limitée aux seuls agents contractuels des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Il s'agirait là, et malgré cette limitation, d'une contribution tout à fait notable à la simplification du droit applicable aux agents des administrations territoriales⁶¹⁹. Il ne serait en effet dès lors plus

⁶¹⁸ TOUZEIL-DIVINA Mathieu. « « Travaillisation » ou « privatisation » des fonctions publiques ? ». *AJFP*, 2010, p. 228.

⁶¹⁹ En ce sens, voir notamment : DOCKES Emmanuel. « L'agent public non statutaire et le Code du Travail ». *AJFP*, 1997, n°4, p. 1. Ou encore : GOURDON Jean-Loup. « Les contractuels devant la loi ». *CFPA*, 1989, n°70, p. 8. Ou encore : MEKHANTAR Joël. « Commentaire du jugement TA Rennes, 23 juillet 1997, *Mme G.*

nécessaire d'avoir recours à la jurisprudence *Berkani*⁶²⁰ pour déterminer le droit applicable aux agents contractuels des administrations territoriales. L'outil du recrutement serait, dans une telle hypothèse, seul suffisant pour permettre de déterminer le régime juridique applicable à l'agent : que l'agent contractuel exerce ses missions au sein d'un service public administratif ou d'un service public industriel et commercial, dès lors qu'il aura été recruté par contrat, le droit du travail lui sera applicable. Il s'agirait donc là d'une simplification tout à fait notable. Toutefois, une telle hypothèse nous semble beaucoup trop limitée : les insuffisances pratiques du droit de l'emploi public administratif territorial, que nous avons précédemment envisagées, ne seraient en rien compensées. Au contraire, une privatisation seulement partielle du droit applicable aux agents des administrations territoriales aggraverait plus encore la perte d'homogénéité de cet emploi, qui oscillerait alors entre un régime de droit privé et un régime de droit public selon l'outil de recrutement employé sans pour autant pouvoir justifier d'une quelconque cohérence d'ensemble. La perte de repère de cet emploi, dont nous avons précédemment identifié l'amorce, serait alors totale. Il s'agit là de la raison pour laquelle nous avons pris le parti d'évoquer uniquement l'hypothèse d'une privatisation globale de l'ensemble des relations de travail des agents des administrations territoriales.

Une telle privatisation – qui ne pourrait être réalisée que par le biais du contrat – serait donc susceptible de constituer une simplification du régime juridique applicable à l'emploi public administratif territorial. Plus spécifiquement, le contrat occuperait alors une place centrale dans les relations entre l'administration et ses agents, puisqu'il deviendrait l'unique outil régissant leurs relations. D'un point de vue individuel, le contrat deviendrait la pierre angulaire de la relation de travail ainsi mise en œuvre ; d'un point de vue collectif, les statuts particuliers régissant les cadres d'emploi feraient place à des conventions collectives.

Un tel bouleversement, bien qu'envisageable (CHAPITRE 1), nous paraît tout de même hautement improbable (CHAPITRE 2).

contre Lycée professionnel de Pontivy, n°92803 ». *AJFP*, 1998, n°2, pp. 49-50. L'auteur s'interroge : « *le moment n'est-il pas venu d'étendre expressément le champ d'application du Code du travail aux agents non statutaires de la fonction publique ?* ».

⁶²⁰ TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres contre conseil des prud'hommes, dite Berkani*, n°03000. *Leb.*, p. 536. *AJDA*, 1996, p. 355, chron. J.H. Stahl et D. Chauvaux. *CJEG*, 1997, p. 35, note J.F. Lachaume. *D.*, 1996, p. 598, note Y. Saint-Jours. *AJFP*, 1996, n°2, p. 4. *AJFP*, 1997, n°3, p.15, commentaire P. Boutelet. *DA*, 1996, n°319, obs. J.B. A. *Dr. Soc.*, 1996, p.735, obs. X. Prétot. *JCP*, 1996, n°22664, note P. Moudoudou. *LPA*, 1997, n°7, note S. Alberelli-Francfort. *RFDA*, 1996, p.819, concl. P. Martin.

CHAPITRE 1

LE CONTRAT, OUTIL D'UNE PRIVATISATION ENVISAGEABLE

La privatisation de l'ensemble du régime juridique de l'emploi public administratif territorial nous paraît doublement envisageable.

En premier lieu, une telle transition, au demeurant tout à fait compatible avec la conception européenne des emplois de fonctionnaires, a déjà été réalisée en France dans le secteur des postes et télécommunications (SECTION I). L'étude de la position adoptée en la matière par la Cour de Justice de l'Union Européenne puis de la privatisation menée avec succès en France – bien qu'entreprise au sein de la fonction publique d'État – nous permettra de démontrer sa faisabilité concernant l'emploi territorial. Certes, au sein du secteur des postes et télécommunications, la nature juridique de l'employeur a été modifiée, ce qui n'est pas ici envisageable ni même l'objet du présent propos. Pour autant, sur le plan du personnel, l'étude des modalités de cette transition nous paraît tout à fait pertinente.

En second lieu, nous nous attarderons sur un second élément facilitateur d'une telle transition : la perte de spécificité du droit de l'emploi public administratif en général et donc a fortiori du droit de l'emploi public administratif territorial (SECTION II). D'un point de vue historique, si l'administration s'est vue octroyer un droit dérogatoire concernant son personnel, c'est en raison du particularisme des missions lui étant dévolues. La justification d'une telle conception a d'ailleurs été évoquée en introduction de la présente thèse. Or, il convient de noter qu'une telle spécificité est aujourd'hui remise en cause du point de vue du droit applicable à ses agents, qui tend progressivement à se rapprocher du droit commun du travail. Une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial en serait alors d'autant facilitée.

SECTION I – Une privatisation déjà réalisée avec succès et compatible avec la conception européenne des emplois de fonctionnaires :

L'ampleur de la tâche visant à assurer la transition entre un système essentiellement statutaire et un système régi par le droit du travail ne manque pas d'effrayer : l'établissement de dispositions transitoires, le devenir des fonctionnaires en cours de carrière, l'intensité des négociations syndicales à mener... La faisabilité d'une telle démarche paraît tout à fait discutable.

Il convient cependant de noter qu'une telle privatisation irait dans la droite lignée de la conception des emplois de fonctionnaires adoptée par la Cour de Justice de l'Union Européenne (§1).

Au surplus, un tel processus a déjà été mené avec succès dans le secteur des postes et télécommunications où, de régies d'État employant quasi exclusivement des fonctionnaires, une transition a été effectuée vers des sociétés anonymes uniquement susceptibles de recruter du personnel sur la base de contrats de droit privé mais où il a été possible d'observer la cohabitation de ces deux types de personnels⁶²¹. L'étude de cette mutation nous permettra d'établir la faisabilité de la transition, concernant l'emploi public administratif territorial, vers un modèle régi exclusivement par le droit privé et le contrat de travail (§2).

Tous ces éléments démontrent qu'une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial est bel et bien envisageable.

⁶²¹ À titre d'illustration, au sein de la société Orange – anciennement groupe France Télécom – les fonctionnaires sont censés disparaître complètement à l'horizon 2020, si ce n'est avant. En ce sens, voir : DUCOURTIEUX Cécile. « Il n'y aura bientôt plus de fonctionnaires au sein du groupe France Télécom ». *LeMonde.fr*, 3 janvier 2013. [EN LIGNE] Disponible sur : http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/01/03/il-n-y-aura-bientot-plus-de-fonctionnaires-au-sein-du-groupe-france-telecom_1812423_3234.html (consulté le 17 mars 2016).

§1 – La conception restrictive des emplois de fonctionnaires adoptée par la Cour de Justice de l’Union Européenne :

Une privatisation globale du régime juridique applicable aux emplois des administrations territoriales françaises ne serait pas contraire au droit européen, bien au contraire. La Cour de Justice de la Communauté Européenne a en effet rapidement imposé une vision très restrictive des emplois publics.

Ainsi, la Cour a adopté une « *conception communautaire unique [des emplois de fonctionnaires] sur la base d'une différenciation des responsabilités et des tâches inhérentes à ces emplois*⁶²² ».

La première affirmation de cette conception a eu lieu à l’occasion d’un litige relatif à la libre circulation des travailleurs opposant la Commission Européenne à la Belgique⁶²³. Il convient en effet de rappeler que le traité de Rome⁶²⁴ – instituant la Communauté Économique Européenne – prévoit, en son article 48, une libre circulation des travailleurs à l’intérieur de la Communauté ; seuls sont exclus de ce dispositif les « *emplois dans l’administration publique*⁶²⁵ ».

A l’occasion d’un arrêt rendu le 17 décembre 1980, la Cour, condamnant la position adoptée par le gouvernement belge, définit cette notion d’emploi dans l’administration publique comme « *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*

⁶²² CHRISTOPHE-TCHAKALOFF Marie-France. « Fonction publique et droit communautaire ». *AJFP*, 2001, n°1, p. 4.

⁶²³ CJCE, 17 décembre 1980, *Commission contre Belgique*, n°149/79. *Rec.*, p. 3881.

⁶²⁴ Traité instituant la Communauté économique européenne, 1957. EUR-Lex n°11957E/TXT.

⁶²⁵ L’article 48 du Traité de Rome, inséré au sein du Chapitre 1^{er} de son Titre III, est libellé de la sorte : « 1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l’intérieur de la Communauté au plus tard à l’expiration de la période de transition. / 2. Elle implique l’abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l’emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. / 3. Elle comporte le droit, sous réserve des limitations justifiées par des raisons d’ordre public, de sécurité publique et de santé publique : / a. de répondre à des emplois effectivement offerts, / b. de se déplacer à cet effet librement sur le territoire des États membres, / c. de séjourner dans un des États membres afin d’y exercer un emploi conformément aux dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant l’emploi des travailleurs nationaux, / d. de demeurer, dans des conditions qui feront l’objet de règlements d’application établis par la Commission, sur le territoire d’un État membre, après y avoir occupé un emploi. / 4. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux emplois dans l’administration publique ».

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 nationalité⁶²⁶ ». La Cour relève également que « l'exception prévue à l'article 48, paragraphe 4, ne s'applique pas à des emplois qui, tout en relevant de l'État ou d'autres organismes de droit public, n'impliquent cependant aucun concours à des tâches relevant de l'administration publique proprement dite⁶²⁷ ». Une telle conception « de fonction publique dite fonctionnelle, contribue à rendre celle-ci beaucoup plus étroite, rejetant ainsi la notion telle qu'elle est conçue en droit interne⁶²⁸ ».

Cette position a été confirmée à de nombreuses reprises⁶²⁹.

En d'autres termes, selon la Cour, seuls sont susceptibles d'être qualifiés d'emplois dans l'administration publique les postes mettant en œuvre une activité régaliennne.

Par extension, seuls ces personnels devraient être en mesure de bénéficier d'un régime juridique dérogatoire du droit commun – le droit de l'emploi public administratif. En définissant le champ de ce qu'elle considère comme relevant nécessairement d'un droit dérogatoire, la Cour ouvre ainsi la voie à une possible remise en cause du droit de l'emploi public administratif tel qu'il est conçu en France.

En poussant plus loin encore cette logique européenne, il n'est par conséquent pas insensé d'envisager l'hypothèse d'une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial – au sein duquel les activités régaliennes nous paraissent relativement limitées⁶³⁰. Cette transition pourrait d'ailleurs n'être que la première étape d'une refonte globale de l'ensemble du régime juridique applicable aux emplois publics administratifs français.

⁶²⁶ CJCE, 17 décembre 1980, *Commission contre Belgique*, n° 149/79. *Rec.*, p. 3881.

⁶²⁷ *Ibidem*.

⁶²⁸ LEKEUFACK Charles Michel. « Essai d'un modèle européen de fonction publique ». *AJFP*, 2009, p. 275

⁶²⁹ En ce sens, pour une analyse particulièrement complète de cette question : LARZUL Tanneguy. « Droit communautaire et fonction publique ». *AJDA*, 1996, p. 28.

⁶³⁰ Au titre des activités régaliennes des administrations territoriales, il nous semble principalement possible de relever les activités fiscales et de police.

§2 – L'exemple de la privatisation réalisée au sein du secteur des postes et télécommunications français :

L'hypothèse étudiée au sein du présent titre paraît d'autant plus envisageable qu'elle a déjà été menée avec succès en France au sein du secteur des postes et télécommunications – même si, comme nous le verrons, ce précédent présente de nombreux particularismes par rapport à l'hypothèse ici conjecturée. Le plus important de ces particularismes est sans nul doute la transformation de la nature juridique de l'employeur, dont il n'est ici pas question.

En tout état de cause, et avant tout développement supplémentaire, il convient de justifier le choix de cette étude de cas. Pourquoi avoir limité cette comparaison au seul secteur des postes et télécommunications ? La question mérite d'être posée, d'autant que d'autres secteurs d'activités nationalisés ont également connus une transformation similaire aboutissant à la création de sociétés de droit privé. Tel est par exemple le cas d'Électricité de France et de Gaz de France⁶³¹, transformés en sociétés anonymes le 9 août 2004⁶³². La réponse est essentiellement d'origine historique : la fourniture de gaz et d'électricité a été reconnue, dès l'origine, comme constituant un service public industriel et commercial⁶³³. Les relations de ces services publics industriels et commerciaux avec leurs agents ont très tôt relevé du droit privé⁶³⁴ – même si elles ne manquaient pas de spécificités⁶³⁵ – et n'auraient par

⁶³¹ Une remarque identique pourrait être faite notamment, concernant la SEITA. La réponse apportée aurait été similaire.

⁶³² Loi n°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières. *JORF*, 11 août 2004, n°185, p. 14256.

⁶³³ Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz. *JORF*, 9 avril 1946, p. 2951. Concernant EDF, l'article 2 alinéa 1^{er} de cette loi, dans sa rédaction initiale, précise : « *La gestion des entreprises nationalisées d'électricité est confiée à un établissement public national de caractère industriel et commercial dénommé « Électricité de France (E.D.F.), Service National »* ». Concernant GDF, il faut se référer à l'article 3 alinéa 1^{er} de cette même loi, également dans sa rédaction initiale : « *La gestion des entreprises nationalisées de gaz est confiée à un établissement public national de caractère industriel et commercial dénommé : « Gaz de France (G.D.F.), Service National »* ».

⁶³⁴ DUFAU Jean. « De la condition juridique du personnel d'électricité de France et de gaz de France ; les agents d'électricité de France et de gaz de France sont dans une situation juridique de droit privé ». *CJEG*, 1957, n°88, pp. 1-9. p.4 : « *le principe de la soumission des agents d'Électricité de France et de Gaz de France à un régime juridique de droit privé a été affirmé de la manière la plus nette tant par le Cour de Cassation que par le Conseil d'État. C'est ainsi que dans l'arrêt « Ardouin » du 12 juillet 1950 (C.D.J 1950, n°17, p. 450, D. 1950-J. 665, note Blaevoet), la Cour Suprême a déclaré que les litiges susceptibles de s'élever entre Gaz de France et ses agents relevaient de la compétence du Conseil des Prud'hommes – juridiction de droit privé – au motif que « les personnes au service de G.D.F ont la qualité non de fonctionnaires mais d'employés et d'ouvriers ». De même, aux termes de la jurisprudence du Conseil d'État, les agents des entreprises nationalisées sont réputés liés à leur employeur par un contrat de louage de services de droit privé ».*

conséquent pas été pertinentes dans le cadre de la présente étude. La situation du secteur des postes et télécommunications a été toute autre comme nous le verrons (A).

Passé ce bref rappel historique, il conviendra de s'attarder sur les dispositions mises en œuvre afin d'assurer la transition d'un personnel essentiellement statutaire à un autre exclusivement soumis au droit privé (B).

A. Le service public administratif des postes et télécommunications :

La spécificité du secteur des postes et télécommunications rend son étude pertinente dans le cadre de la présente thèse. Ce particularisme tient à la constitution initiale d'un monopole d'État, géré en régie, pour lequel le régime applicable est celui d'un service public administratif. En cela, la situation initialement en vigueur dans le secteur des postes et télécommunications est comparable à celle aujourd'hui applicable au sein des administrations territoriales : la soumission du personnel à l'un des statuts de la fonction publique. À compter de la seconde moitié du XXe siècle, ce secteur est confronté à de profonds bouleversements. Ces crises successives aboutissent à un changement de nature du service public exercé, qui devient un service public industriel et commercial, puis à la création de sociétés privées. Du point de vue du personnel, une transition d'un modèle essentiellement statutaire à un autre quasi-exclusivement régi par le droit privé a été menée. Une telle mutation est similaire à celle envisagée dans le cadre de la présente thèse, surtout qu'elle est intervenue postérieurement à l'adoption des statuts de la fonction publique et donc du droit applicable aux personnels des administrations publiques tel que nous le connaissons aujourd'hui.

⁶³⁵ Ibidem, p. 61 : « A la différence des salariés de droit commun pour lesquels la réglementation professionnelle est élaborée par voie d'accord, les agents d'Électricité de France et de Gaz de France sont, nonobstant leur soumission de principe à un régime de droit privé, dans une situation réglementée par le pouvoir exécutif (...) En second lieu, ces agents sont assujettis à des conditions particulières en raison de leur qualité d'agents des services publics ». Dans le même sens, concernant la spécificité de la situation des agents d'EDF et de GDF, voir également : LE GRAND Robert. « L'interprétation jurisprudentielle du statut national du personnel des industries électriques et gazières ». *CJEG*, 1970, n°241, pp. 73–80 ; PRUGNAUD Laurent. « Le statut du personnel des entreprises de production, de transport et de distribution d'électricité et de gaz ». *CJEG*, 1987, n°423, pp. 665–684 ; PAPIN Jean-Philippe. « Le statut du personnel des industries électriques et gazières, ses origines, ses fondements et sa portée ». *CJEG*, 2000, n°564, pp. 135–147.

Le service public postal est particulièrement ancien, puisque son origine peut être estimée à la seconde moitié du XVe siècle⁶³⁶. Sa structuration est progressive⁶³⁷, et aboutit véritablement sous l'Empire⁶³⁸. Concernant les télécommunications – les services télégraphiques uniquement à l'origine, puis le téléphone – aucun monopole d'État n'est initialement créé⁶³⁹ ; il faut attendre 1889 pour cela⁶⁴⁰.

Quoiqu'il en soit, les postes et télécommunications ont été érigées comme administrations d'État exploitées en régie directe⁶⁴¹. Ce n'est qu'à compter de 1879 que l'administration dite des PTT est érigée en département ministériel autonome⁶⁴² – toujours sans personnalité morale. Dans le cadre de cette organisation particulière, le Tribunal des Conflits, au sein de l'arrêt *Ursot*⁶⁴³ du 24 juin 1968, considère qu'il s'agit là d'un service public administratif – malgré quelques réticences de la doctrine⁶⁴⁴.

⁶³⁶ Avant le XVe siècle, de nombreux services postaux coexistaient, gérés notamment par les universités, les villes ou encore certaines corporations (en ce sens : TAILLEFAIT Anthony. « Services postaux ». *JCL A*, 15 janvier 2011, 151). Puis, « sous Louis XI, les charges et les services du gouvernement se développèrent pour prendre des proportions jusque-là inconnues en France. (...) À la fin des années 1470, pour accélérer ses communications, Louis XI instaura un nouveau système postal en établissant des relais de chevaux et de cavaliers à intervalles réguliers le long des principales routes de France » (MURRAY KENDAL Paul. *Louis XI. L'universelle araigne*. Paris : Fayard, 1974, 584 p. p.504).

⁶³⁷ Le roi Louis XI est à l'origine de ce que l'on qualifiera ultérieurement de monopole postal (CHEVALLIER Jacques. « La mutation des postes et télécommunications ». *AJDA*, 1990, p. 667). Les révolutionnaires sont à l'origine de la création d'une nouvelle régie postale (OGER Benoît. « Les mutations de La Poste de 1792 à 1990, entre ruptures et continuités ». *Flux*, 2000, n°42. pp. 7-21. p. 8 ; THOUVENIN Raymond. « De la ferme royale à la régie postale 1789-1799 ». *Juris PTT*, 1990, n°20, pp. 1 et suivantes).

⁶³⁸ OGER Benoît. « Les mutations de La Poste de 1792 à 1990, entre ruptures et continuités ». *Flux*, 2000, n°42. pp. 7-21. p. 8.

⁶³⁹ CHEVALLIER Jacques. « La mutation des postes et télécommunications ». *AJDA*, 1990, p. 667. L'auteur précise que la loi du 2 mai 1837 et le décret-loi du 27 décembre 1851 confèrent « au ministre un pouvoir d'autorisation », qui rend possible l'installation de réseaux privés : les réseaux téléphoniques ont ainsi d'abord été, entre 1879 et 1889, exploités sous forme de concessions, par des compagnies privées ».

⁶⁴⁰ En ce sens, voir notamment : BERTHO Catherine. *Télégraphe et téléphone*. Paris : La Découverte, 1981, 538 p. Ou encore : BERTHO Catherine. « Histoire de l'administration des télécommunications : une succession de crises et de réformes ». *RFAP*, 1989, n°52, pp. 25 et suivantes.

⁶⁴¹ THOUVENIN Raymond. « De la ferme royale à la régie postale 1789-1799 ». *Juris PTT*, 1990, n°20, pp. 1 et suivantes. L'auteur indique : « la Convention décide une gestion directe par l'État, via la création d'une Agence nationale des postes. C'est l'État qui prend en main l'administration des postes. Le monopole d'État existe à partir de cette date ».

⁶⁴² CHEVALLIER Jacques. « La mutation des postes et télécommunications ». *AJDA*, 1990, p. 667.

⁶⁴³ TC, 24 juin 1968, *Ursot*. Le Tribunal des Conflits précise que « les services dépendant de cette administration présentent, [en] raison de leur mode d'organisation et des conditions de leur fonctionnement, le caractère de services publics administratifs de l'État ».

⁶⁴⁴ En ce sens, signalé par Herbert MAISI (MAISI Herbert. « Droit des télécommunications : les transformations récentes ». *AJDA*, 1997, p. 212) voir : LAUBADERE DE André. *Traité de droit administratif. Tome 4 : l'administration de l'économie*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977, 454 p. p. 369. L'auteur avoue son scepticisme quant au réalisme de cette décision : si « la position adoptée par la

Fort logiquement, la loi n°84-16 du 11 janvier 1984⁶⁴⁵ portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État s'applique pleinement aux agents du ministère des postes et télécommunications. Le secteur des postes et des télécommunications correspond donc – jusqu'alors – à celui de tout autre service public administratif étatique.

Les évolutions technologiques de la seconde moitié du XXe siècle sont particulièrement nombreuses, obligeant l'administration des télécommunications à se réinventer⁶⁴⁶ et l'administration des postes à s'adapter⁶⁴⁷. Les techniques employées pour moderniser ces deux administrations sont similaires : la création de nombreuses sociétés de droit privé périphériques à l'administration⁶⁴⁸. Une chose est alors acquise : la fin des années 1980 marque une profonde inadaptation entre le modèle de gestion administratif et le besoin de modernisation, de flexibilité et de compétitivité requis dans ce secteur.

Dès 1990, suivant les préconisations de la Commission des Communautés Européennes⁶⁴⁹, le législateur adopte les mesures qui s'imposent. Ainsi, par la loi n°90-568 du

jurisprudence n'est pas illogique (...), le problème se pose précisément de savoir si cette conception (...) n'est pas inadaptée à ce qu'est devenu ce service public ».

⁶⁴⁵ 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.

⁶⁴⁶ CHEVALLIER Jacques. « La mutation des postes et télécommunications ». *AJDA*, 1990, p. 667. L'auteur indique : « *les télécoms apparaissent alors comme une administration dynamique, efficace, capable de s'adapter et d'innover, en anticipant sur les mutations technologiques, et en allant au-devant des attentes du public* ».

⁶⁴⁷ Ibidem. L'auteur identifie trois motifs potentiels de déstabilisation concernant l'administration postale : « *l'explosion du volume du courrier et des transactions financières ; la modification de la structure du trafic [et] la transformation de l'environnement économique* ». Les conséquences de cette période seront – toujours selon cet auteur – délétères. L'administration va s'efforcer de « *répondre [à ces bouleversements], mais en maintenant ses principes d'organisation traditionnels. On assistera dès lors à une triple dégradation de la qualité du service, des relations sociales et de la situation financière : la poste apparaît, malgré l'augmentation du trafic et l'effort de modernisation de l'outil de production, comme une administration en perte de vitesse, attachée à une organisation dépassée et peu capable d'innover. Elle se trouve ainsi fragilisée pour affronter le contexte nouveau, qui va conduire cette fois à l'ébranlement d'un monopole qui avait été dans les grandes lignes préservé* ».

⁶⁴⁸ Ibidem. L'auteur relève que du côté des télécoms, dès 1978, une société privée est créée pour la gestion du réseau Transpac – réseau de transmission de données. Ensuite, de très nombreuses autres filiales, regroupées sous la bannière d'une holding - la Cogécom - sont créées, chacune afin de prendre en charge une nouvelle activité apparaissant dans ce secteur. Pour la poste, la logique est identique : création en 1985 de Chronopost, une filiale privée chargée du transport express, puis à compter de l'année suivante, multiplication des filiales.

⁶⁴⁹ En ce sens : DEBENE Marc, RAYMUNDIE Olivier. « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? ». *AJDA*, 1996, p. 183. Les auteurs indiquent : « *Après plus de deux décennies au cours desquelles les grands services publics n'avaient pas vu remettre en cause leurs positions de monopole, les autorités communautaires ont pris l'initiative d'ouvrir plusieurs fronts (...). Tel est le cas non seulement pour les télécommunications, mais aussi pour la poste (...). Le Livre vert sur la libéralisation des télécommunications en 1987 (...) prône l'ouverture à la concurrence des marchés de terminaux de télécommunications, une ouverture substantielle du marché des services de télécommunications [et] une séparation des activités de réglementation et d'exploitation* ».

2 juillet 1990⁶⁵⁰, deux personnes morales de droit public sont créées : la Poste et France Telecom. La nature industrielle et commerciale de ces administrations est actée⁶⁵¹ et plus tard confirmée par le Tribunal des Conflits⁶⁵². Cette évolution paraît des plus logiques puisqu'il « n'y avait pas de raison de continuer à traiter différemment du point de vue juridique les services de télécommunication et la fourniture d'électricité, d'eau ou le transport de voyageurs et de fret⁶⁵³ », il convenait dès lors de mettre un terme « aux fictions jurisprudentielles passées⁶⁵⁴ ».

Sur le plan du personnel, le législateur rappelle que « les personnels de la Poste et de France Télécom sont régis par des statuts particuliers⁶⁵⁵ ». En d'autres termes, sont créés des corps spécifiques de fonctionnaires de La Poste et de France Télécom. Il n'y a donc sur ce point et pour l'heure encore aucun changement notable puisque ces deux établissements publics continuent d'employer des agents statutaires, comme c'était déjà le cas lorsqu'il s'agissait d'une régie.

Toutefois, l'article 31 de la loi du 2 juillet 1990 ouvre la possibilité, pour ces administrations, de recruter des agents de droit privé⁶⁵⁶. Il s'agit donc là d'une première

⁶⁵⁰ Loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications. *JORF*, 8 juillet 1990, n°157, p. 8069.

⁶⁵¹ Ibidem. Il est précisé à l'article 15 alinéa 1 que « la comptabilité de chaque exploitant public obéit aux règles applicables aux entreprises du commerce ». L'article 25 de cette même loi, relatif à la relation avec les usagers, les fournisseurs et les tiers, dissipe toute incertitude qui pourrait encore subsister : « les relations de la Poste et de France Télécom avec leurs usagers, leurs fournisseurs et les tiers sont régies par le droit commun. Les litiges auxquels elles donnent lieu sont portés devant les juridictions judiciaires, à l'exception de ceux qui relèvent, par leur nature, de la juridiction administrative ».

⁶⁵² TC, 22 novembre 1993, *Matisse*, n°02876. Le Tribunal confirme le caractère industriel et commercial de la Poste – avec un raisonnement tout à fait transposable à France Télécom : « considérant qu'aux termes de l'article 25 de la loi n°90-568 (...), les relations de la Poste et de France Télécom avec leurs usagers, leurs fournisseurs et les tiers sont régies par le droit commun et que les litiges auxquels elles donnent lieu sont portés devant les juridictions judiciaires, à l'exception de ceux qui relèvent par leur nature, de la juridiction administrative ; (...) la responsabilité de la Poste est ainsi recherchée sur le fondement de fautes qu'elle aurait commises dans la gestion du service industriel et commercial, sans que soit mis en cause l'exercice de la prérogative de puissance publique d'émettre des timbres-poste qu'elle tient du législateur ; d'où il suit que le litige ressortit à la juridiction judiciaire ».

⁶⁵³ GUILLAUME Emmanuel. « La réforme des postes et télécommunications : le passage du statut d'utilisateur d'un service administratif à celui de client d'un service public industriel et commercial ». *RFDA*, 1991, p. 239.

⁶⁵⁴ Ibidem.

⁶⁵⁵ Loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications. *JORF*, 8 juillet 1990, n°157, p. 8069. Article 29, alinéa 1.

⁶⁵⁶ Ibidem, article 31 : « lorsque les exigences particulières de l'organisation de certains services ou la spécificité de certaines fonctions le justifient, les exploitants publics peuvent employer, sous le régime des conventions collectives, des agents contractuels, dans le cadre des orientations fixées par le contrat de plan.

incursion durable, au sein de ces administrations, du contrat de travail de droit privé, toutefois réservé à seuls quelques cas limitatifs.

Dès 1993, le Conseil d'État est saisi par plusieurs ministres afin de déterminer si une privatisation de l'administration des postes et télécommunication serait de nature à contrevenir à la Constitution, concernant notamment le sort du personnel titulaire. Est-il constitutionnellement possible de rattacher des corps de fonctionnaires en exercice à une société privée ? Le Conseil d'État, par un avis en date du 18 novembre 1993, répondra par l'affirmative à cette question, sous réserve notamment que les fonctionnaires soient chargés de l'exécution d'une mission de service public⁶⁵⁷. Cette association de principe entre fonctionnaires et exercice d'une mission de service public est infirmée une décision du

L'emploi des agents mentionnés à l'alinéa précédent n'a pas pour effet de rendre applicables à La Poste et à France Télécom les dispositions du code du travail relatives aux comités d'entreprise ».

⁶⁵⁷ CE, avis, 18 novembre 1993, n°355255. En premier lieu, le Conseil d'État va analyser les bases sur lesquelles le pouvoir de nomination aux emplois civils de l'état peut être exercé. Il est en effet particulièrement notable qu'en cas de transformation de France Télécom en société privée, le pouvoir de nomination sur des emplois de l'État sera alors délégué à une personne privée. L'originalité de cette situation est telle que les risques juridiques semblent bel et bien réels. Le Conseil d'État rappelle tout d'abord que l'article 13 de la constitution de 1958 détermine les limites du pouvoir de nomination sur des emplois de l'État, et notamment en matière de délégation. Ces limites sont fixées par l'ordonnance du 28 novembre 1958 et notamment son article 4 ; après avoir organisé les modalités de délégation du pouvoir de nomination du Président de la République au Premier Ministre en son article 3, cette ordonnance prévoit ainsi que : « *les dispositions de l'article 3 de la présente ordonnance ne font pas obstacle aux dispositions particulières, législatives ou réglementaires, en vertu desquelles le pouvoir de nomination est confié, notamment par mesure de simplification ou de déconcentration administratives, aux ministres ou aux autorités subordonnées* » (Ordonnance n°58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État. *JORF*, 29 novembre 1958, p. 10687. Article 4). Après avoir constaté que la situation des personnels statutaires de France Télécom relevait bel et bien des dispositions précitées, le Conseil d'État va indiquer que : « *la question [qui] se trouve donc posée de savoir si le président de la société anonyme France Télécom sera susceptible d'être regardé comme une « autorité subordonnée » au sein de l'article 4 de l'ordonnance du 28 novembre 1958, et pourra ainsi se voir déléguer, par la loi à intervenir, le pouvoir de nommer les fonctionnaires des corps rattachés au nouvel exploitant public* ». Le Conseil d'État en déduit alors la nécessité « *que le président de la future société anonyme France Télécom puisse se voir reconnaître la qualité « d'autorité subordonnée » au sens de l'article 4 de l'ordonnance du 28 novembre 1958* ». Pour ce faire, le gouvernement doit disposer « *à son égard du même droit de nomination et de révocation* ». La seconde branche du raisonnement employé par le Conseil d'État est également intéressante. Celui-ci s'interroge en effet de savoir « *[s'il] est constitutionnellement possible de placer des corps de fonctionnaires de l'État auprès d'une société anonyme, personne morale de droit privé. À cet égard, on doit prendre en considération non seulement les dispositions de la Constitution relatives à l'administration et aux fonctionnaires, mais aussi les diverses lois qui, traditionnellement dans notre droit, ont posé les règles spéciales relatives au statut de la fonction publique et énoncé les garanties fondamentales reconnues aux fonctionnaires, et qui ont eu pour objet essentiel d'assurer la neutralité et la continuité des services publics, reconnues comme des conditions indispensables de la bonne exécution de ceux-ci. On peut en déduire un principe constitutionnel selon lequel des corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public* ». Ce faisant, le Conseil d'État a révélé un principe auquel il a conféré une valeur constitutionnelle, selon lequel les fonctionnaires ne peuvent être maintenus en position d'activité qu'en cas d'exercice d'un service public par leur employeur.

Conseil Constitutionnel en date du 12 octobre 2012⁶⁵⁸. L'évolution conceptuelle ici actée est d'une importance capitale : le Conseil Constitutionnel dissocie les fonctionnaires et l'exercice de toute mission de service public.

Ces deux établissements publics sont ensuite transformés en sociétés anonymes⁶⁵⁹.

Ces services publics ont donc connu, depuis l'adoption des statuts de la fonction publique, le passage du statut de régie d'État à celui d'établissement public industriel et commercial puis à celui de société anonyme. Il s'est donc opéré, sur le plan de leur personnel, une transition d'un modèle d'emploi statutaire à un modèle d'emploi régi par le droit privé.

Dans le cadre de la présente thèse, nous envisageons la possible refondation de l'emploi public administratif territorial par sa privatisation. Or, dans une telle hypothèse, c'est un cheminement équivalent à celui qui s'est produit concernant le personnel du secteur des postes et télécommunications qu'il serait possible d'observer. Reste donc à étudier quelles ont été les modalités pratiques d'une telle transition afin d'établir si un tel modèle serait transposable à l'objet de notre étude.

B. Les modalités d'une transition réussie entre emploi public statutaire et emploi privé de droit commun :

Le secteur des postes et télécommunications est passé de régie d'État à sociétés anonymes postérieurement à l'adoption des statuts de la fonction publique. Qu'il s'agisse de France Télécom ou de la Poste, le résultat est identique du point de vue des agents de ces anciens services publics : une transition d'un modèle statutaire à un modèle régi par le droit

⁶⁵⁸ Cons. Const., 12 octobre 2012, n°2012-281 QPC. *JORF*, 13 octobre 2012, p. 16034. *Rec.*, p. 536. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité concernant la possibilité, pour l'entreprise France Télécom, de continuer à employer des fonctionnaires alors qu'elle n'exerce plus aucun service public, le Conseil Constitutionnel répondra de manière lapidaire en indiquant que cela n'est de nature à porter « atteinte à aucun principe constitutionnel applicable aux fonctionnaires ni à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit ».

⁶⁵⁹ Par la loi du 26 juillet 1996, l'établissement public industriel et commercial France Télécom est transformé, à compter du 31 décembre 1996, en une société anonyme - offrant toutes les garanties réclamées par le Conseil d'État afin de pouvoir continuer à employer des agents statutaires (Loi n°96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom. *JORF*, 27 juillet 1996, n°174, p. 11398). Par la loi du 9 février 2010, l'établissement public industriel et commercial la Poste subit le même sort, à compter cette fois du 1^{er} mars 2010 (Loi n°2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales. *JORF*, 10 février 2010, n°0034, p. 2321).

privé et donc par le contrat de travail. L'étude d'une telle transition est particulièrement intéressante dans le cadre de la présente thèse puisqu'elle permet de déterminer par analogie la faisabilité d'une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial. Le mécanisme mis en place dans notre hypothèse pourrait en effet être similaire – du point de vue du personnel – à celui mis en œuvre pour la privatisation des emplois de France Télécom ou de la Poste.

Afin d'obtenir une vision la plus précise possible de la transition intervenue au sein de ce secteur, il convient d'examiner séparément les modalités applicables aux agents de France Télécom (1) puis aux agents de La Poste (2). Enfin, l'examen de ces transitions nous permettra d'établir si une évolution similaire est envisageable concernant le personnel des administrations territoriales (3).

1. La mutation du droit applicable au personnel de France Télécom :

Concernant France Telecom, la mutation susceptible de nous intéresser dans le cadre de la présente étude est intervenue par la loi n°96-660 du 26 juillet 1996⁶⁶⁰. A la veille de l'adoption de cette loi, France Télécom est un établissement public à caractère industriel et commercial qui continue d'employer des agents titulaires⁶⁶¹ avec la possibilité toutefois de recruter des agents contractuels soumis au droit privé sans pour autant qu'il n'y ait encore aucune représentativité particulière de ces personnels⁶⁶². Aux termes de cette loi, France Télécom est transformé, à compter du 31 décembre 1996, en « *entreprise nationale (...) dont l'État détient directement plus de la moitié du capital social*⁶⁶³ » et se trouve soumise « aux

⁶⁶⁰ Loi n°96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom. *JORF*, 27 juillet 1996, n°174, p. 11398.

⁶⁶¹ Loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications. *JORF*, 8 juillet 1990, n°157, p. 8069. En ce sens, il convient de se rapporter aux dispositions du chapitre VII de cette loi, dans sa rédaction initiale (articles 29 à 33). Notamment, l'article 29 alinéa 1, dans sa rédaction initiale, précise que : « *Les personnels de La Poste et de France Télécom sont régis par des statuts particuliers, pris en application de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État* ».

⁶⁶² Loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications. *JORF*, 8 juillet 1990, n°157, p. 8069. En ce sens, voir article 30.

⁶⁶³ Loi n°96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom. *JORF*, 27 juillet 1996, n°174, p. 11398. Article 1^{er} – 1.

dispositions législatives applicables aux sociétés anonymes⁶⁶⁴ » dans « la mesure [toutefois] où elles ne sont pas contraires à la présente loi⁶⁶⁵ ».

L'article 5 de cette loi prévoit – dans le respect de l'avis rendu le 18 novembre 1993 par le Conseil d'État⁶⁶⁶ – que « *les corps de fonctionnaires de France Télécom sont rattachés à l'entreprise nationale France Télécom et placés sous l'autorité de son président qui dispose des pouvoirs de nomination et de gestion à leur égard⁶⁶⁷* ». Il est toutefois d'ores et déjà prévu que plus aucun fonctionnaire ne pourra être recruté par cette nouvelle entreprise passé le 1^{er} janvier 2002⁶⁶⁸. La norme devient alors le recrutement « *[d'agents] contractuels sous le régime des conventions collectives⁶⁶⁹* » - soit, en d'autres termes, le recrutement de salariés soumis au régime du droit privé du travail. La négociation de ces conventions collectives est d'ailleurs prévue par l'article 8 de la loi n°96-660 qui insère un nouvel article 31-1 au sein de la loi n°90-658 du 2 juillet 1990⁶⁷⁰.

Concernant la représentativité du personnel, l'article 5 de la loi n°96-660 du 26 juillet 1996, modifiant l'article 29-1 de la loi n°90-568 du 2 juillet 1990⁶⁷¹, prévoit que « *il est créé auprès du président de France Télécom, par dérogation à l'article 15 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, un*

⁶⁶⁴ Ibidem.

⁶⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶⁶ CE, avis, 18 novembre 1993, n°355255.

⁶⁶⁷ Loi n°96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom. *JORF*, 27 juillet 1996, n°174, p. 11398. Article 5.

⁶⁶⁸ Ibidem, article 5 : « *l'entreprise nationale France Télécom peut procéder jusqu'au 1^{er} janvier 2002 à des recrutements externes de fonctionnaires pour servir auprès d'elle en position d'activité* ».

⁶⁶⁹ Ibidem.

⁶⁷⁰ Ibidem, article 8. Cet article est libellé de la sorte : « *Il est inséré, [au sein de la loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications], un article 31-1 ainsi rédigé : / « Art. 31-1. - 1. France Télécom recherche par la négociation et la concertation la conclusion d'accords avec les organisations syndicales, tout particulièrement dans les domaines de l'emploi, de la formation, de l'organisation et des conditions de travail, de l'évolution des métiers et de la durée de travail. À cette fin, après avis des organisations syndicales représentatives, France Télécom établit, au niveau national et au niveau local, des instances de concertation et de négociation qui suivent également l'application des accords signés. En cas de différend sur l'interprétation de ces derniers, une commission paritaire de conciliation, dont la composition est fixée par décret, est saisie afin de favoriser le règlement amiable du différend. / << 2. Avant le 31 décembre 1996, le président de France Télécom négociera avec les organisations syndicales représentatives un accord sur l'emploi à France Télécom, portant notamment sur : / << - le temps de travail ; / << - les conditions de recrutement de personnels fonctionnaires jusqu'au 1^{er} janvier 2002 ; / << - la gestion des carrières des personnels fonctionnaires et contractuels ; / << - les départs anticipés de personnels ; / << - l'emploi des jeunes ; / << - l'évolution des métiers ; / << - les conditions particulières accordées au personnel pour l'attribution des actions qui lui sont proposées ».* »

⁶⁷¹ Loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications. *JORF*, 8 juillet 1990, n°157, p. 8069.

comité paritaire. Ce comité est informé et consulté notamment sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise ainsi que sur les questions relatives au recrutement des personnels et les projets de statuts particuliers. Ce comité est présidé par le président de France Télécom ou son représentant. Outre des représentants de l'entreprise, il comprend un collège représentant les agents fonctionnaires et un collège représentant les agents relevant de la convention collective ainsi que les agents non titulaires de droit public. Ces deux collèges se répartissent les sièges réservés aux représentants des personnels en tenant compte de la proportion de chacune des deux catégories dans l'effectif global de l'entreprise nationale⁶⁷² ». Ce comité constitue donc une solution sui generis permettant d'assurer équitablement la représentativité de l'ensemble du personnel, quel que soit le régime juridique lui étant applicable.

L'article 7 de la loi du 26 juillet 1996 instaure la possibilité, pour les agents fonctionnaires de France Télécom, de bénéficier d'un congé de fin de carrière – à condition d'être âgé d'au moins 45 ans au 27 juillet 1996 et de justifier d'au minimum 25 ans de services. Dans ce cas de figure, *« les intéressés ne peuvent revenir sur le choix qu'ils ont fait. Ils sont mis à la retraite et radiés des cadres à la fin du mois de leur soixantième anniversaire⁶⁷³ »*. Jusqu'à cette date, *« ils perçoivent une rémunération, versée mensuellement par France Télécom, égale à 70 p. 100 de leur rémunération d'activité complète, composée du traitement indiciaire brut et des primes et indemnités correspondantes, au moment de leur entrée en congé de fin de carrière⁶⁷⁴ »*. Autant dire que l'intention de se séparer d'un maximum de fonctionnaires est à peine voilée. D'ailleurs, le Conseil Constitutionnel, saisi par 60 députés, a eu l'occasion de se prononcer sur cette disposition au regard d'une potentielle violation du principe constitutionnel d'égalité : *« le principe d'égalité ainsi invoqué ne s'oppose pas à ce que le législateur déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général dès lors que les différences de traitement qui en résultent sont en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; que les différences de situation créées par la loi (...) sont en rapport direct avec l'objectif que s'est fixé le législateur tendant à favoriser les départs en retraite des*

⁶⁷² Loi n°96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom. *JORF*, 27 juillet 1996, n°174, p. 11398. Article 5.

⁶⁷³ *Ibidem*, article 7.

⁶⁷⁴ *Ibidem*.

agents en fonction à France Télécom (...) par des mesures incitatives de caractère social ; que dès lors le grief (...) ne saurait qu'être écarté⁶⁷⁵ ».

La transition opérée entre les deux régimes est donc, à cette date, relativement simple : les fonctionnaires continuent de relever de leur statut et cohabitent avec des salariés relevant du droit privé. Seules les dispositions relatives à la représentativité des personnels sont modifiées afin de tenir compte des divergences entre droit public et droit privé. Par ailleurs, seuls des salariés, soumis à des conventions collectives, peuvent être recrutés à compter du 1^{er} janvier 2002. Est-ce pour autant aussi simple qu'il y paraît ? Le problème ne semble en l'espèce pas être juridique : *« l'existence d'une masse de fonctionnaires, soumis à un statut dérogatoire du droit commun, risque d'être rapidement considérée comme un boulet, interdisant à l'opérateur de faire preuve de la flexibilité imposée par la concurrence. D'un point de vue psychosociologique, la dualité des statuts d'agents faisant le même métier sera sans nul doute la source de tensions internes, en brisant l'unité du corps social de l'entreprise⁶⁷⁶ ».* Fabrice MELLERAY relève d'ailleurs que *« à la frontière du droit et du management public, il n'est pas interdit de se demander si traiter différemment des agents possédant les mêmes qualifications et exerçant les mêmes fonctions dans l'entreprise n'est pas problématique du point de vue du principe d'égalité⁶⁷⁷ ».*

La loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003⁶⁷⁸ apporte de nouvelles modifications aux conditions d'emploi des fonctionnaires de France Télécom, notamment en ce qui concerne les institutions représentatives. Le comité précédemment évoqué est abandonné afin d'opérer un alignement avec le code du travail⁶⁷⁹. L'article 16 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984⁶⁸⁰

⁶⁷⁵ Cons. Const., 23 juillet 1996, n°96 380 DC. *JORF*, 27 juillet 1996, p. 11408.

⁶⁷⁶ CHEVALLIER Jacques. « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités ». *RFDA*, 1996, p. 944.

⁶⁷⁷ MELLERAY Fabrice. « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom ». *AJDA*, 2003, p. 2078.

⁶⁷⁸ Loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom. *JORF*, 1^{er} janvier 2004, n°1, p. 9.

⁶⁷⁹ Loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom. *JORF*, 1^{er} janvier 2004, n°1, p. 9. L'article 4 de cette loi est ainsi libellé : *« La loi n°90-568 du 2 juillet 1990 précitée est ainsi modifiée : (...) / II. - Le 1 de l'article 29-1 est ainsi modifié : / (...) 3° Il est complété par cinq alinéas ainsi rédigés : / « Par dérogation à l'article 9 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 précitée et au chapitre II de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 précitée, les fonctionnaires de France Télécom participent avec les salariés de l'entreprise à l'organisation et au fonctionnement de leur entreprise, ainsi qu'à la gestion de son action sociale, par l'intermédiaire des institutions représentatives prévues aux titres II et III du livre IV du code du travail, sous réserve des adaptations, précisées par décret en Conseil d'État, qui sont justifiées par la situation particulière des fonctionnaires de France Télécom » ».*

relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, ne leur est plus applicable au profit, là encore, d'une applicabilité du code du travail⁶⁸¹. Ces différents éléments, loin d'être exhaustifs, démontrent que bien qu'ayant conservé le principe du statut, le législateur lui a apporté de nombreuses dérogations visant à aligner ses dispositions avec le droit du travail, facilitant ainsi la cohabitation avec les salariés relevant du droit privé.

Enfin, le législateur a prévu la possibilité, pour les fonctionnaires de France Télécom, d'être « intégrés sur leur demande, jusqu'au 31 décembre 2009, dans un des corps ou cadres d'emplois de la fonction publique de l'État, de la fonction publique territoriale ou de la fonction publique hospitalière. Cette intégration est subordonnée à une période de stage probatoire suivie d'une période de détachement spécifique. Elle s'effectue, en fonction des qualifications des fonctionnaires, nonobstant les règles relatives au recrutement des corps ou cadres d'emplois d'accueil, à l'exception de celles subordonnant l'exercice des fonctions correspondantes à la détention d'un titre ou diplôme spécifique⁶⁸² ». Il s'agit là encore d'un dispositif destiné à limiter le plus possible la coexistence entre les fonctionnaires et les salariés. Fabrice MELLERAY analyse ce droit d'option comme « une sorte de symétrie à la possibilité ouverte au fonctionnaire d'opter pour un contrat de travail et de renoncer à sa situation de fonctionnaire. Le projet de loi prévoyait ainsi qu'une telle proposition serait faite à tout fonctionnaire en faisant la demande dans un délai de six mois à compter de la publication de la loi (...) La suppression de cet alinéa par le Sénat ne doit pas tromper. Il s'agit uniquement d'un moyen permettant d'éviter que n'enfle une polémique relative au développement éventuel par l'entreprise d'une politique d'incitation à opter pour une situation de droit privé. Pour autant, ce droit d'option, déjà existant, demeure et, dès lors, les fonctionnaires de France Télécom pourront s'ils le souhaitent, même en l'absence de

⁶⁸⁰ 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.

⁶⁸¹ Loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom. *JORF*, 1^{er} janvier 2004, n°1, p. 9. L'article 4 de cette loi est ainsi libellé : « La loi n°90-568 du 2 juillet 1990 précitée est ainsi modifiée : (...) / II. - Le 1 de l'article 29-1 est ainsi modifié : / (...) 3° Il est complété par cinq alinéas ainsi rédigés : (...) / « L'article 16 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 précitée ne s'applique pas aux fonctionnaires de France Télécom. Les titres III et IV ainsi que les chapitres III et IV du titre VI du livre II du code du travail sont applicables aux fonctionnaires de France Télécom, sous réserve des adaptations, précisées par décret en Conseil d'État, qui sont justifiées par la situation particulière des fonctionnaires de France Télécom. » ».

⁶⁸² *Ibidem*, article 5.

dispositions expresses de la loi en discussion sur ce point, accepter un contrat de travail et ainsi démissionner de la fonction publique⁶⁸³ ».

Reste désormais à nous attarder sur la transition mise en œuvre au sein de La Poste.

2. La mutation du droit applicable au personnel de La Poste :

La Poste voit tout d'abord sa situation évoluer avec la loi du 2 juillet 1990⁶⁸⁴. Un droit d'option est offert aux fonctionnaires de La Poste par l'article 48 de la loi n°2007-148 du 2 février 2007⁶⁸⁵, droit à exercer jusqu'au 31 décembre 2009 dans les mêmes conditions que celui offert aux fonctionnaires de France Télécom. Cette possibilité sera ensuite prorogée jusqu'au 31 décembre 2016 par la loi du 12 mars 2012⁶⁸⁶. La loi du 9 février 2010⁶⁸⁷ achève la transformation de la Poste en une société anonyme soumise au droit privé. Là encore, un mécanisme similaire à celui employé pour France Télécom est adopté : le maintien en place des fonctionnaires⁶⁸⁸, qui cohabitent avec l'ensemble des nouveaux personnels privés⁶⁸⁹. Également, certaines dispositions du code du travail, et notamment sa quatrième partie, relative à la santé et à la sécurité au travail, s'appliquent à l'ensemble du personnel, quelle que soit sa situation juridique. Ainsi, « *la loi de 2010 n'a fait qu'entériner ce qui était déjà en vigueur depuis vingt ans (...) Il en résulte qu'il existe aujourd'hui à la Poste trois catégories de personnel : les fonctionnaires d'État qui n'ont pas voulu opter pour le statut de*

⁶⁸³ MELLERAY Fabrice. « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom ». *AJDA*, 2003, p. 2078.

⁶⁸⁴ Loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications. *JORF*, 8 juillet 1990, n°157, p. 8069.

⁶⁸⁵ Loi n°2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique. *JORF*, 6 février 2007, n°31, p. 2160.

⁶⁸⁶ 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 78.

⁶⁸⁷ Loi n°2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales. *JORF*, 10 février 2010, n°0034, p. 2321.

⁶⁸⁸ Loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications. *JORF*, 8 juillet 1990, n°157, p. 8069. Article 29.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, article 31 : « *La Poste emploie des agents contractuels sous le régime des conventions collectives.* »

fonctionnaires de la Poste (une petite minorité), les fonctionnaires de la Poste (l'essentiel du personnel), et les contractuels de droit privé⁶⁹⁰ ».

La mutation intervenue au sein de la Poste est par conséquent quasi-similaire à celle qui s'est déroulée au sein de France Télécom.

Par ailleurs, et afin d'être le plus complet possible, il convient de nous attarder sur une autre problématique, liée cette fois à la différence de traitement entre les salariés de la Poste et ses fonctionnaires. Cette question a donné lieu à une jurisprudence notable de la chambre sociale de la Cour de Cassation, rendue le 11 octobre 2005⁶⁹¹. À cette occasion, le versement biennuel d'une prime aux fonctionnaires de la Poste – dont étaient privés les salariés – a été contesté. La Cour a alors indiqué que *« les salariés font (...) grief aux jugements attaqués d'avoir violé le principe « à travail égal, salaire égal » ; mais attendu que le conseil de prud'hommes ayant relevé que les salariés agents de droit privé dont la rémunération résultait de négociations salariales annuelles dans le cadre d'une convention collective ne se trouvaient pas dans une situation identique à celle des fonctionnaires avec lesquels ils revendiquaient une égalité de traitement, a légalement justifié sa décision⁶⁹² »*. En d'autres termes, une différence de traitement ne rompt par le principe d'égalité dès lors que les personnels en cause ne se trouvent pas dans une situation juridique similaire. Un tel principe n'est toutefois pas absolu, puisqu'une jurisprudence plus récente est venue le remettre partiellement en cause. Il convient, à ce titre, de citer l'arrêt rendu le 12 juin 2013 par la chambre sociale de la Cour de Cassation : *« la seule différence de statut juridique ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui effectuent un même travail ou un travail de valeur égale, sauf s'il est démontré, par des justifications dont le juge contrôle la réalité et la pertinence, que la différence de rémunération résulte de l'application de règles de droit public⁶⁹³ »*. Une différence de traitement est donc possible entre fonctionnaires et salariés soumis au droit privé à condition que cette différence de situation

⁶⁹⁰ DEBORD Florence. « La poste : ses personnels, ses statuts, ses juges. Soc. 26 novembre 2013, n°12-18.447 ; 27 novembre 2013, n°12-26.721 et 13-12.033, à paraître au Bulletin ». *RDT*, 2014, p.108.

⁶⁹¹ Cass. soc., 11 octobre 2005, n°04-43024. Cet arrêt est signalé au sein du commentaire précité de Florence DEBORD.

⁶⁹² Ibidem.

⁶⁹³ Cass. soc., 12 juin 2013, n°12-17273. *D.*, 2013, 2599, obs. P. Lokiec et J. Porta. *Dr. Soc.*, 2013, 762, obs. J. MOULY. *RDT*, 2014, p. 108, comm F. Debord.

découle de la stricte application de règles de droit public. Une telle décision nous paraît pouvoir être saluée, puisqu'elle permet d'éviter que les salariés cohabitant avec des fonctionnaires se retrouvent privés de certains avantages dont ces derniers seraient susceptibles de bénéficier, sauf s'ils découlent d'une stricte application du droit public. Seuls seraient ainsi susceptibles d'être concernés un nombre relativement restreint d'avantages, tels que l'indemnité de résidence ou encore le supplément familial de traitement⁶⁹⁴.

3. L'applicabilité de ces modèles à l'emploi public administratif territorial :

Le législateur, tant pour la Poste que pour France Télécom, a pris le parti d'une transition en douceur d'un emploi statutaire vers un emploi privé régi par les dispositions du code du travail. Il a en effet organisé une cohabitation entre ces deux régimes, tout en refusant le recrutement de tout nouvel agent titulaire, entraînant de fait la disparition programmée des fonctionnaires.

D'un point de vue juridique, une telle transition ne pose donc aucune difficulté majeure, surtout que le législateur peut tout à fait adopter des mesures transitoires visant par exemple à harmoniser les institutions représentatives du personnel. Au surplus, une différence de traitement entre fonctionnaires et salariés occupant des emplois similaires est tout à fait possible, pour peu qu'elle soit justifiée par l'application de règles de droit public. C'est surtout d'un point de vue humain que cette transition a eu, sur le long terme, des effets délétères⁶⁹⁵.

L'ensemble de ces éléments rend donc probable la faisabilité de notre hypothèse de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial – tout en

⁶⁹⁴ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 20.

⁶⁹⁵ En ce sens, voir notamment : BRONNER Gérald. « France-Télécom : vague de suicides et commentaires hâtifs ». *LeMonde.fr*, 11 juillet 2012. [EN LIGNE] Disponible sur : http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/07/11/france-telecom-vague-de-suicides-et-commentaires-hatifs_1731817_3232.html#y2S4gPG41rv5JYec.99 (consulté le 23 avril 2015) ; Ou encore : PIETRALUNGA Cédric. « La Poste est de nouveau confrontée à plusieurs suicides ». *LeMonde.fr*, 5 mars 2013. [EN LIGNE] Disponible sur : http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/03/05/la-poste-est-de-nouveau-confrontee-a-plusieurs-suicides_1842913_3234.html#rsJbZMv84PQw2TKx.99 (consulté le 23 avril 2015).

conservant à l'esprit que dans le cadre de notre hypothèse, aucun changement n'interviendrait concernant la nature juridique de la personne publique employeur.

Une question demeure toutefois. Pourquoi le législateur a-t-il opté pour la cohabitation entre fonctionnaires et agents soumis au droit privé ? Pourquoi n'a-t-il pas préféré un basculement total et immédiat de l'ensemble des personnels vers le droit privé ? Une telle possibilité – nonobstant les négociations syndicales particulièrement houleuses – n'aurait pas manqué d'avantages puisqu'elle aurait permis une uniformisation immédiate de toutes les situations des agents en poste. Au demeurant, nous savons qu'une telle solution aurait été juridiquement possible, les fonctionnaires ne disposant d'aucun droit acquis au maintien de leur statut⁶⁹⁶. Une telle transition peut donc prendre plusieurs formes : soit l'application brutale et immédiate à l'ensemble des agents du nouveau modèle de droit privé, soit une transition plus douce par laquelle les agents statutaires le demeurent mais cohabitent avec des salariés de droit privé. Cette dernière possibilité a le mérite, au détriment de la simplification, de faciliter le dialogue social et de ne pas remettre en cause une situation considérée comme acquise – même si nous avons vu que d'un strict point de vue juridique, tel n'est pas le cas. C'est donc cette seconde option qui a été choisie dans le secteur des postes et télécommunications et qui pourrait donc de fait être transposable à notre hypothèse de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial.

Au surplus, la gestion de la cohabitation entre les fonctionnaires et les salariés relevant du droit privé est relativement aisée. Le régime juridique leur étant applicable s'est progressivement rapproché, ce qui constitue un argument supplémentaire en faveur de notre hypothèse de privatisation, qui n'en serait que facilitée. Notre hypothèse paraît donc de plus en plus sérieusement envisageable.

Qu'en est-il d'un strict point de vue politique ? Priver des milliers d'agents du bénéfice du statut constituerait une mesure particulièrement impopulaire, difficilement justifiable d'un point de vue électoral. Pourtant, et contre toute attente, une telle idée semble

⁶⁹⁶ En ce sens, voir notamment : MELLERAY Fabrice. « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom ». *AJDA*, 2003, p. 2078. Ou, plus généralement, sur la théorie des droits acquis : AUVRET Patrick. « La notion de droit acquis en droit administratif français ». *RDP*, 1985, pp. 54–101.

poindre au sein d'un parti politique⁶⁹⁷ – certes, d'opposition – mais cette évolution mérite d'être signalée.

SECTION II - Une privatisation justifiable par la perte progressive de spécificité du droit de l'emploi public administratif territorial :

Si la simplification globale du régime juridique de l'emploi public administratif territorial par sa privatisation est, comme nous l'avons vu, réalisable d'un strict point de vue pratique, une telle transition serait également justifiable par le rapprochement de plus en plus important entre le droit privé et le droit de l'emploi public administratif.

Ce phénomène est parfois qualifié – incorrectement à notre sens – de « *privatisation*⁶⁹⁸ » du droit de l'emploi public administratif. En effet, dans la droite lignée des travaux de Monsieur le Professeur TOUZEIL-DIVINA, il nous semble plus opportun de qualifier ce phénomène de « *travaillisation*⁶⁹⁹ » du droit de l'emploi public administratif. En effet, il convient d'opposer travaillisation et privatisation. Le premier de ces termes décrit un phénomène d'« *hybridation*⁷⁰⁰ » progressive du droit de l'emploi public administratif et du droit privé du travail. Le second décrit au contraire un abandon pur et simple du droit de l'emploi public administratif au profit du droit privé du travail.

Notre hypothèse consiste en une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial. Cette privatisation serait facilitée par la travaillisation progressive du droit de l'emploi public administratif, « *phénomène assez large qui contribue à aplanir les différences existant entre les différentes catégories juridiques*⁷⁰¹ ». En effet, s'il est possible d'observer une travaillisation du droit de l'emploi public administratif, et donc l'atténuation

⁶⁹⁷ FORRAY Jean-Baptiste. « Les républicains veulent enterrer le statut de la fonction publique territoriale ». *La Gazette des Communes*, 9 mars 2016. [EN LIGNE] Disponible sur : <http://www.lagazettedescommunes.com/432615/les-republicains-veulent-enterrer-le-statut-de-la-fonction-publique-territoriale/> (consulté le 17 mars 2016).

⁶⁹⁸ JEAN-PIERRE Didier. « La privatisation du droit de la fonction publique ». *JCP A*, 2003, n°29, p. 973.

⁶⁹⁹ TOUZEIL-DIVINA Mathieu. « « Travaillisation » ou « privatisation » des fonctions publiques ? ». *AJFP*, 2010, p. 228.

⁷⁰⁰ SWEENEY Morgan. « Droit du travail et des fonctions publiques : vers une hybridation ? ». *RLCT*, 2012, n°81, pp. 77-81.

⁷⁰¹ CAILLOSSE Jacques. « Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ? ». *Rev. Adm.*, 2002, p. 351.

progressive de ses spécificités, la privatisation de l'emploi public administratif n'en serait que plus aisée.

En tout état de cause, la travaillisation est un « *phénomène [qui n'est pas] récent et l'on pourra même écrire qu'il a toujours existé a minima car la fonction publique n'a jamais été totalement déconnectée du droit privé du travail. Ainsi, aux origines de l'emploi public, les premiers agents furent-ils créés en réaction au droit commun et ce, afin d'y échapper. C'est bien du droit privé que la fonction publique est née et si, petit à petit, elle a d'abord accentué ses différences afin de s'affirmer (...) elle semble [aujourd'hui] revenir à ses origines*⁷⁰² ». À notre sens, il convient d'élargir la dénomination de ce phénomène au droit de l'emploi public administratif tout entier, et non seulement au droit de la fonction publique, réservé aux agents titulaires, puisque ce phénomène s'étend en réalité à l'ensemble des agents soumis au droit public. C'est donc l'ensemble du droit de l'emploi public administratif qui subit une telle hybridation.

Dans le cadre de la présente étude, afin de justifier une éventuelle privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial, nous avons pris le parti de nous attarder plus généralement sur ce que nous qualifierons de perte de spécificité du droit de l'emploi public administratif territorial – qui concerne, pour mémoire, tant le droit applicable aux fonctionnaires qu'aux agents contractuels des services publics administratifs territoriaux. Quel est l'intérêt de maintenir en vigueur un droit de l'emploi public administratif territorial dérogatoire du droit commun si ses particularismes tendent à se réduire ?

Afin de répondre à cette question, il convient dans un premier temps de nous attarder spécifiquement sur le rôle de la jurisprudence administrative dans cette hybridation (§1). La perte de spécificité du droit de l'emploi public administratif s'y est manifestée via la reconnaissance progressive, au bénéfice des agents publics, de certains droits élémentaires initialement uniquement réservés aux salariés relevant du droit privé. Ensuite, et dans un second temps, nous nous attarderons sur l'œuvre du législateur en la matière (§2). Ce dernier a en effet contribué à lisser les différences entre les conditions de travail des agents publics et des salariés relevant du droit privé.

⁷⁰² TOUZEIL-DIVINA Mathieu. « « Travaillisation » ou « privatisation » des fonctions publiques ? ». *AJFP*, 2010, p. 228.

Ces deux phénomènes combinés nous permettrons de conclure que c'est bien l'ensemble du droit de l'emploi public administratif qui est touché par le phénomène de travaillisation mis en exergue par Monsieur le Professeur TOUZEIL-DIVINA⁷⁰³. De fait, il nous est possible d'affirmer que la perte de spécificité droit de l'emploi public administratif territorial est un élément facilitateur de la privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial.

§1 – La travaillisation du droit de l'emploi public administratif par la jurisprudence administrative :

Afin de combler les lacunes les plus importantes du droit public, la jurisprudence administrative a œuvré en faveur d'une uniformisation de la situation des agents publics et des salariés. C'est ainsi que le juge reconnaît parfois au bénéfice des agents publics l'existence de principes généraux du droit inspirés des dispositions applicables aux salariés (A). Dans d'autres cas, le juge administratif est influencé par le droit du travail ou par l'interprétation qui en est faite par le juge judiciaire (B). Toutes ces décisions contribuent - du moins partiellement - à l'uniformisation du droit de l'emploi public administratif et du droit privé.

A. Une travaillisation de la jurisprudence administrative par la reconnaissance de principes généraux du droit :

Le juge administratif, afin d'uniformiser les droits applicables aux salariés et aux agents publics reconnaît parfois au profit de ces derniers l'existence de principes généraux du droit inspirés du code du travail. Cette méthode, relativement élégante quoique quelque peu artificielle, permet au juge administratif de lisser les différences de situation les plus manifestes entre salariés et agents publics. Cette initiative a pour mérite de « *combler des vides juridiques et sociaux en étendant [au profit de ces derniers] des garanties minimales auxquelles tout travailleur public ou privé est en droit de prétendre en vertu de principes dont*

⁷⁰³ Ibidem.

*l'évidence s'impose*⁷⁰⁴ ». Au surplus, une telle technique présente le mérite d'éviter que naissent des interprétations jurisprudentielles divergentes entre la Cour de Cassation et le Conseil d'État. En effet, dans un tel cas de figure, la norme appliquée par les deux ordres de juridiction est différente : le juge judiciaire applique et interprète les dispositions du code du travail, le juge administratif révèle et applique des principes généraux du droit issus du code du travail. Les normes appliquées étant différentes, le juge administratif conserve toute latitude pour définir, circonscrire et interpréter des principes qu'il a lui-même révélés sans jamais pouvoir être considéré comme tenu par les positions adoptées par le juge judiciaire. En tout état de cause, une telle pratique a contribué au rapprochement entre les droits public et privé du travail qui désormais partagent certains de leurs principes fondamentaux.

À titre liminaire, on notera sur ce point l'important travail de systématisation réalisé par Monsieur le Professeur MEKHANTAR⁷⁰⁵ – qui recense au sein de ses travaux nombre de jurisprudences ci-après développées. Il est possible, dans un premier temps, de noter la multiplication de décisions reconnaissant l'applicabilité à des agents publics de principes généraux du droit s'inspirant du code du travail (1). Dans un second temps, il est envisageable de dégager de cette profusion de principes généraux du droit une volonté globale d'accorder aux agents publics, dans le silence des textes, des garanties similaires à celles offertes aux salariés relevant du droit privé (2).

1. La multiplication de principes généraux du droit s'inspirant du code du travail :

Le droit de l'emploi public administratif subit, sous l'influence de ses juges, de profonds bouleversements qui tendent à uniformiser les garanties accordées aux agents publics et aux salariés relevant du droit privé. Les juges administratifs, afin d'y parvenir, ont multiplié les cas de reconnaissance de principes généraux du droit.

⁷⁰⁴ ZAPATA Francis. « Le juge administratif et l'application du Code du travail aux personnels du secteur public ». *Dr. Soc.*, 1996, juillet-août, pp. 697-704. Cité par : MEKHANTAR Joël. « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques ». *AJFP*, 2000, n°6, p. 21.

⁷⁰⁵ MEKHANTAR Joël. « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques ». *AJFP*, 2000, n°6, p. 21.

Afin d'étayer ces propos, nous opérerons une première dichotomie. Il conviendra d'identifier, en premier lieu, les principes généraux du droit reconnus exclusivement en faveur des agents non titulaires (a). Une précision terminologique mérite d'être immédiatement faite : si l'on évoque ici les agents non titulaires, et non les agents contractuels, c'est à dessein. En effet, outre les agents contractuels, certains principes généraux du droit ci-après évoqués ont également pu bénéficier aux agents stagiaires – qui ne sont donc pas des agents pour l'heure titularisés. En second lieu, il conviendra d'évoquer les principes généraux du droit pouvant bénéficier à l'ensemble des agents publics, qu'ils soient contractuels, stagiaires ou même titulaires (b).

a) L'hybridation par la découverte de principes généraux du droit applicables aux agents non titulaires :

L'hybridation⁷⁰⁶ des droits public et privé du travail s'est notamment manifestée, concernant les agents non titulaires, par la multiplication des principes généraux du droit leur étant applicables.

Nous évoquerons successivement, afin d'étayer ce propos, deux principes généraux du droit recensés par Monsieur le Professeur MEKHANTAR⁷⁰⁷ : l'interdiction de procéder au licenciement d'un agent en état de grossesse et l'impossibilité de rémunérer un agent en deçà du salaire minimum interprofessionnel de croissance. Nous évoquerons ensuite l'obligation de reclasser un agent en cas d'impossibilité médicalement constatée d'occuper son emploi. Enfin, et au surplus, nous évoquerons un dernier principe général du droit également analysé par Monsieur le Professeur MEKHANTAR⁷⁰⁸, mais dont la portée est cette fois très relative, puisque son existence n'a été reconnue que par une juridiction du premier degré : le droit à l'obtention d'un certificat de travail. Toutes ces décisions démontrent un rapprochement plus que manifeste entre le droit privé du travail et le droit de l'emploi public administratif – du moins concernant les agents non titulaires – contribuant à la perte de spécificité de ce dernier.

⁷⁰⁶ SWEENEY Morgan. « Droit du travail et des fonctions publiques : vers une hybridation ? ». *RLCT*, 2012, n°81, pp. 77–81.

⁷⁰⁷ MEKHANTAR Joël. « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques ». *AJFP*, 2000, n°6, p. 21.

⁷⁰⁸ Ibidem.

Le premier principe général du droit que nous évoquerons, ayant notamment fait l'objet d'une analyse détaillée par Monsieur le Professeur MEKHANTAR⁷⁰⁹, est tiré de l'interdiction des licenciements fondés sur l'état de grossesse d'un agent.

Le phénomène tendant à la reconnaissance de principes généraux du droit applicables aux agents publics et s'inspirant des dispositions du code du travail est né avec la jurisprudence du Conseil d'État *Dame Peynet*⁷¹⁰. En l'espèce, la requérante est recrutée par le territoire de Belfort en qualité d'infirmière auxiliaire, et donc d'agent contractuel soumis au droit public puisqu'elle participe directement à l'exécution du service public selon les critères alors en vigueur⁷¹¹. Après avoir pris connaissance de son état de grossesse, le préfet procède à son licenciement, à l'encontre duquel elle exerce un recours en excès de pouvoir. Suzanne GREVISSE, Commissaire du Gouvernement, développe un argumentaire particulièrement intéressant sur la nécessité d'aligner les droits des agents publics sur ceux des salariés : « *par la législation du travail l'État a institué en faveur des salariés des règles protectrices, qui concernent tant leurs rapports avec l'employeur que les conditions de travail et l'organisation même des entreprises et qui peuvent être considérées comme constituant le statut social minimum du travailleur. On peut affirmer qu'il existe tout à la fois une obligation pour l'État et les collectivités publiques d'accorder à leurs propres agents ce statut social minimum et un droit pour ceux-ci d'en bénéficier (...). [La] législation du travail a une finalité certes complexe mais qui est une finalité d'intérêt général (...). L'État doit donc s'imposer à lui-même les règles qu'il a imposées aux employeurs privés*⁷¹² ». Il est alors proposé au Conseil d'État de reconnaître l'existence d'un nouveau principe général du droit formulé de la sorte : « *lorsque les nécessités propres du service public n'y font pas obstacle et lorsqu'aucune disposition législative ne l'exclut expressément, les agents de l'État et des collectivités et organismes publics doivent bénéficier quelle que soit la nature juridique du lien qui les unit à leur employeur, des droits équivalents à ceux que la législation du travail reconnaît à l'ensemble des salariés*⁷¹³ ». La généralité de ces propos aurait pu donner lieu à la

⁷⁰⁹ Ibidem. Également, sur ce point : DAVESNE Sébastien. « Licenciement d'une femme enceinte à l'issue de la période d'essai prévue par son contrat. Conclusions rendues à l'occasion de l'arrêt CAA Versailles, 17 juin 2010, *Commune de Vésinet*, n°09VE00443 ». *AJDA*, 2010, p. 1478.

⁷¹⁰ CE ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, n°80232. *Leb.*, p. 406. *Leb.*, pp. 406-421, concl. S. Grévisse. *AJDA*, 1973, p. 587, chron. Franc et Boyon ; *JCP*, 1975, II, 17957, note Saint-Jours.

⁷¹¹ En ce sens, voir : CE, 4 juin 1954, *Affortit et Vingtain*. *Leb.*, p. 342.

⁷¹² GREVISSE Suzanne. « Conclusions sous l'arrêt CE ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet* ». *Leb.*, pp. 406-421. p. 415.

⁷¹³ Ibidem, p. 416.

reconnaissance d'un principe général du droit particulièrement protecteur des garanties fondamentales accordées aux agents publics non titulaires, en leur offrant systématiquement, dans le silence des textes, une protection similaire à celle des salariés. Cela aurait eu pour effet de consacrer « *l'unité du droit social au-delà des distinctions juridiques*⁷¹⁴ ». Le Conseil d'État s'est toutefois montré bien plus prudent, réservant sa décision à ce seul cas d'espèce : « *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 ; que, par suite, la décision du préfet du territoire de Belfort, qui a été prise en méconnaissance de ce principe, est entachée d'excès de pouvoir*⁷¹⁵ ».

Ce principe général du droit a par la suite été inscrit au sein des décrets relatifs aux agents non titulaires des trois fonctions publiques : article 49 du décret n°86-83 du 17 janvier 1986⁷¹⁶ pour les agents non titulaires de l'état⁷¹⁷, article 41 du décret n°88-145 du 15 février 1988⁷¹⁸ pour les agents non titulaires territoriaux et enfin article 45 du décret n°91-155 du 6 février 1991⁷¹⁹ pour les hospitaliers. À ce propos, il convient de noter que ces dispositions ont une valeur inférieure au principe qu'ils viennent transcrire : « *le rang [du principe général du droit] dans la hiérarchie des sources formelles du droit, et celui des normes qu'il édicte se situent (...) à un niveau intermédiaire entre celui du législateur et celui du pouvoir réglementaire. C'est un rang qui est tout à la fois infra-législatif et supra-décrétal*⁷²⁰ ». Au

⁷¹⁴ MEKHANTAR Joël. « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques ». *AJFP*, 2000, n°6, p. 21.

⁷¹⁵ CE ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, n°80232. *Leb.*, p. 406. *Leb.*, pp. 406-421, concl. S. Grévisse. *AJDA*, 1973, p. 587, chron. Franc et Boyon ; *JCP*, 1975, II, 17957, note Saint-Jours.

⁷¹⁶ 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.

⁷¹⁷ Pour une application concrète de cet article : CE, 25 janvier 1993, *Madame Jancourt*, n°106830.

⁷¹⁸ 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.

⁷¹⁹ Décret n°91-155 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n°86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière. *JORF*, 9 février 1991, n°35, p. 2058.

⁷²⁰ CHAPUS René. *Droit administratif général : Tome 1*. Paris : Montchrestien, 10^e édition, 1996. 1292 p. p. 90. Sur ce même sujet, voir également : FAVOREU Louis. « Principes généraux du droit et ordonnances non ratifiées ». *RFDA*, 1996, 1111.

surplus, ce principe général du droit sera étendu aux agents en cours de stage⁷²¹, démontrant que ce principe irrigue l'ensemble du droit de l'emploi public administratif dès lors que la titularisation n'est pas encore acquise. Une telle question ne se pose en effet pas pour les agents titulaires, puisqu'il nous paraît difficilement envisageable, pour un employeur territorial, de justifier une quelconque révocation au motif de la grossesse de l'un de ses agents – révocation qui devrait obligatoirement s'inscrire soit dans le cadre d'une procédure disciplinaire, soit dans le cadre d'une procédure d'insuffisance professionnelle. Il s'agit très probablement de la raison pour laquelle il n'existe, à notre connaissance, aucune jurisprudence ayant explicitement étendu le bénéfice de ce principe général du droit à un agent titulaire.

Un arrêt rendu le 4 octobre 1996 par le Conseil d'État, *Madame Moestus*⁷²², mérite également d'être cité. Cet arrêt est postérieur à l'adoption des décrets précités. Il n'est par conséquent plus question, au sein de cette espèce, d'invoquer le principe général du droit révélé au sein de l'arrêt *Dame Peynet*⁷²³. Cet arrêt n'en demeure pas moins intéressant concernant la perte de spécificité du droit de l'emploi public administratif. En l'espèce, un agent contractuel d'une collectivité territoriale est informé, durant son congé maternité, qu'il sera licencié à son retour en raison d'un sureffectif. La commune invoque le fait « *que le licenciement [de la requérante] a été pris par référence à l'article L. 122-25-2 du code du travail qui autorise le licenciement (...) dans l'impossibilité où se trouve l'employeur, pour un motif étranger à l'accouchement, de maintenir le contrat*⁷²⁴ ». Cette approche est particulièrement intéressante, en ce qu'elle n'est pas explicitement contredite par le Conseil d'État. La haute juridiction n'indique en effet pas que ces dispositions sont inapplicables à la situation de cet agent ; les juges se contentent d'indiquer que « *si la commune invoque les nécessités du service et la situation de sureffectif du personnel municipal, il ressort des pièces du dossier que cette situation était due, en réalité, au remplacement, qui n'aurait dû être que temporaire, par un autre agent recruté à cette fin pendant la période où [la requérante] était placée régulièrement en congé de maladie d'abord, de maternité ensuite, et non à des*

⁷²¹ CE, 20 mars 1987, *Commune de Bonneval*, n°62553. *Leb.* p. 99. *AJDA*, 1987, p. 554, obs. X. Prétot : « *le principe général, dont s'inspire l'article L.122-25-2 du code du travail, (...) interdit de licencier une femme en état de grossesse lorsqu'aucune nécessité propre au service public ne s'y oppose, s'applique aux décisions mettant fin, avant l'expiration de son stage, aux fonctions d'un agent public stagiaire* ».

⁷²² CE, 4 octobre 1996, *Madame Moestus*, n°149704.

⁷²³ CE ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, n°80232. *Leb.*, p. 406. *Leb.*, pp. 406-421, concl. S. Grévisse. *AJDA*, 1973, p. 587, chron. Franc et Boyon ; *JCP*, 1975, II, 17957, note Saint-Jours.

⁷²⁴ CE, 4 octobre 1996, *Madame Moestus*, n°149704.

impératifs d'organisation du service ». A contrario, le Conseil d'État admet donc que des impératifs liés à l'organisation du service, totalement étrangers à l'état de grossesse de l'agent, auraient pu légitimer un licenciement – position de principe similaire à celle des articles précités du code du travail. L'interdiction de licencier un agent contractuel ou stagiaire en état de grossesse semble par conséquent bel et bien connaître des exceptions similaires à celles en vigueur en matière de droit privé. Ainsi, dans la droite lignée de l'exemple précédent, le licenciement d'un agent pour un motif étranger à la grossesse – l'insuffisance professionnelle par exemple – est tout à fait envisageable et admis⁷²⁵. Il en va de même en cas de faute de l'agent⁷²⁶. Là encore, la similitude avec le code du travail est presque parfaite puisque ce dernier prévoit explicitement de telles exceptions. L'article L1225-4 du code du travail (autrefois article L125-25-2 du code du travail) précise en effet qu'aucun « employeur ne peut rompre le contrat de travail d'une salariée lorsqu'elle est en état de grossesse médicalement constaté (...). Toutefois, l'employeur peut rompre le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement⁷²⁷ ».

En tout état de cause, l'interdiction de licencier un agent en état de grossesse n'empêche pas l'administration de ne pas renouveler à l'échéance un contrat à durée déterminée. Le Conseil d'État a ainsi jugé que « la décision [s'analysant] en un refus de renouvellement [de son contrat, la requérante] ne pouvait dans ces conditions prétendre au bénéfice du principe général dont s'inspire l'article L. 122-25-2 du code du travail et qui s'oppose au licenciement d'une salariée en état de grossesse⁷²⁸ ». Plus explicitement encore, la Cour Administrative d'Appel de Nantes a précisé que « si un principe général du droit s'oppose au licenciement d'un agent en état de grossesse, ce principe ne fait pas obstacle à l'absence de renouvellement d'un contrat à durée déterminée à l'expiration de celui-ci, alors même que l'agent concerné se trouve en cet état⁷²⁹ ». Les exemples sont, sur ce point, nombreux⁷³⁰. Ce faisant, les juges administratifs ont adopté une position similaire à celle des

⁷²⁵ En ce sens, voir notamment : CE, 26 mai 1982, *Madame Calus*, n°12002.

⁷²⁶ CE, 27 janvier 1989, *CHR de Rambouillet*, n°74294. *AJDA*, 1989, p. 553, obs. Serge Salon.

⁷²⁷ Article L1225-4 du code du travail, dans sa version issue de l'Ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative). *JORF*, 13 mars 2007, n°61, p. 4740.

⁷²⁸ CE, 10 mai 1985, *Chambre de commerce et d'industrie de Paris contre Madame Renou*, n°50592.

⁷²⁹ CAA Nantes, 15 octobre 1998, *Ringotet*, n°95NT00008. *AJFP*, 1999, p. 50, comm. Joël Mekhantar.

⁷³⁰ En ce sens, voir l'important travail de systématisation réalisé par Monsieur le Professeur MEKHANTAR : MEKHANTAR Joël. « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques ». *AJFP*, 2000, n°6, p. 21. Voir également, pour d'autres exemples jurisprudentiels : BON Pierre, BECHILLON Denis de.

juges judiciaires. Ces derniers avaient en effet déjà eu l'occasion d'affirmer que « *les articles L. 122-25-2 et L. 122-30 du Code du travail sont applicables aux femmes en état de grossesse liées par un contrat à durée déterminée, sans faire obstacle à l'échéance du contrat à l'arrivée du terme*⁷³¹ ».

Nous l'avons vu, concernant l'interdiction de licencier un agent en état de grossesse, le droit de l'emploi public administratif et le droit privé sont devenus particulièrement proches – si ce n'est similaires – grâce à la révélation par le juge administratif d'un principe général du droit qui trouve sa source au sein du code du travail.

Le second principe général du droit que nous évoquerons, également recensé par Monsieur le Professeur MEKHANTAR⁷³², est tiré de l'impossibilité de toute rémunération inférieure au salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC).

La technique de la reconnaissance par le juge administratif d'un principe général du droit, visant à rapprocher le droit public et le droit privé du travail, a ainsi également été mise en œuvre concernant la rémunération minimale d'un agent. C'est ainsi que les juges administratifs ont pu « *mettre en œuvre l'unité du droit social en matière de rémunération*⁷³³ ». Avant d'étudier plus avant cette reconnaissance d'un nouveau principe général du droit, il convient de revenir sur la naissance du salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC), dont il sera ici question.

Ainsi, « *c'est au sortir de la période de guerre et d'économie dirigée, où les pouvoirs publics avaient institué le blocage des salaires, que les principes de notre droit positif ont été posés. C'est en effet en 1950 que l'État a restitué aux partenaires sociaux la liberté de négociation des salaires, et qu'il a institué le SMIG*⁷³⁴ », soit le salaire minimum interprofessionnel garanti, et ce par le biais de la loi n°50-205 du 11 février 1950⁷³⁵. Une

« Observations sur l'arrêt CE, 9 juillet 1997, *Centre hospitalier de Draguignan contre Mme Perugia*, n°158347 ». *D.*, 1999, p. 48.

⁷³¹ En ce sens, voir notamment : Cass. soc., 10 novembre 1993, n°89-45472.

⁷³² MEKHANTAR Joël. « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques ». *AJFP*, 2000, n°6, p. 21.

⁷³³ *Ibidem*.

⁷³⁴ SAVATIER Jean. « Les minima de salaire ». *Dr. Soc.*, 1997, p. 575.

⁷³⁵ Loi n°50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail. *JORF*, 12 février 1950, p. 1688. En ce sens, voir notamment l'article 31g de cette loi.

circulaire en date du 26 août 1950, émanant du ministre du travail et de la sécurité sociale, précise que « *le législateur, en consacrant le retour à la libre discussion des salaires, unanimement demandée par les organisations syndicales, a laissé désormais aux conventions collectives et aux accords entre les parties intéressées, le soin de préciser les conditions de salaires ; il a cependant confié au Gouvernement la fixation du minimum au-dessous duquel aucun salarié des professions assujetties ne pourra être rémunéré*⁷³⁶ ». L'instauration du SMIG marque donc un progrès social considérable au sortir de la seconde guerre mondiale. Par la loi du 2 janvier 1970⁷³⁷, le SMIG – salaire minimum interprofessionnel garanti – est remplacé par le SMIC – salaire minimum interprofessionnel de croissance. Le mécanisme du SMIC repose donc sur la mise en œuvre de minima professionnels spécifiques, discutés au sein des conventions collectives. Ce n'est qu'en cas d'échec de ces discussions collectives que le minimum légal est censé s'appliquer⁷³⁸ : « *le législateur considère que tout travailleur, du moins en cas de travail à temps plein, a droit à un revenu lui assurant de quoi vivre, donc un certain pouvoir d'achat*⁷³⁹ ». Ce principe est-il applicable aux agents publics ?

La réponse à cette question est apportée par le Conseil d'État, au sein de son arrêt *Aragnou*⁷⁴⁰, rendu le 23 avril 1982. En l'espèce, la requérante, en sa qualité d'agent non titulaire, avait sollicité de son employeur – la commune de Toulouse – le relèvement de sa rémunération sur la base du salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC). La ville ne daigna pas répondre à sa demande ; le refus implicite ainsi né est porté par devant le Tribunal Administratif de Toulouse qui, par jugement en date du 24 juin 1981, en prononce l'annulation. La commune porte alors l'affaire par devant le Conseil d'État qui juge que : « *si aucun texte ne prévoit que les communes (...) doivent rémunérer ces agents sur une base au moins égale à celle du salaire minimum de croissance [la requérante], agent non-titulaire de la ville de Toulouse (...) a droit, en vertu d'un principe général du droit applicable à tout*

⁷³⁶ Circulaire du 25 août 1950 relative au salaire minimum interprofessionnel garanti. *JORF*, 26 août 1950, p. 9150.

⁷³⁷ Loi n°70-7 du 2 janvier 1970 portant réforme du salaire minimum garanti et création d'un salaire minimum de croissance. *JORF*, 4 janvier 1970, p. 141.

⁷³⁸ SAVATIER Jean. « Les minima de salaire ». *Dr. Soc.*, 1997, p. 575. L'auteur rappelle que : « *les salaires minima sont imposés soit par des textes législatifs ou réglementaires, soit par des conventions et accords collectifs. On peut parler dans le premier cas de minima légaux, dans le second de minima conventionnels (...). Historiquement, le salaire minimum légal a été conçu comme une garantie contre le risque d'échec de la négociation collective pour fixer un salaire décent.* »

⁷³⁹ *Ibidem*.

⁷⁴⁰ CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse contre Madame Aragnou*, n°36851. *Leb.*, p. 152, concl. Labetoulle pp. 152-156. *AJDA*, 1982, p. 440, chron. F. Tiberghien et B. Lasserre, p. 443.

*salarié et dont s'inspire l'article L.141-2 du code du travail, à un minimum de rémunération qui, en l'absence de disposition plus favorable pour la catégorie de personnel à laquelle l'intéressée appartient, ne saurait être inférieur au salaire minimum de croissance*⁷⁴¹ ». Une telle position est particulièrement audacieuse, surtout que « *en droit du travail le champ d'application du SMIC est défini par référence à celui des conventions collectives. Or ces dernières ne concernent pas les services publics administratifs*⁷⁴² ». Dès lors, comme le remarque Monsieur le Professeur MEKHANTAR⁷⁴³, il aurait été juridiquement plus pertinent pour le Conseil d'État de fonder son nouveau principe général du droit sur des dispositions reconnaissant l'applicabilité du SMIC à d'autres catégorie d'agents publics non titulaires – comme les agents non titulaires de l'État, par exemple – plutôt que de se baser directement sur le code du travail. Nonobstant ce détail, il n'en demeure pas moins que la position du Conseil d'État doit être saluée. En visant à nouveau les dispositions du code du travail, tout comme au sein de son arrêt *Dame Peynet*⁷⁴⁴, le Conseil d'État a sans aucun doute entendu « *mettre en œuvre l'unité du droit social en matière de rémunération*⁷⁴⁵ » précédemment évoquée. Il s'agit là, en tout état de cause, d'un nouveau rapprochement entre les droits public et privé du travail. Enfin, afin d'être parfaitement complet sur cette question, on notera que des garanties concernant le montant de la rémunération minimale des agents titulaires ont toujours été prévues⁷⁴⁶, ce qui n'a longtemps pas été le cas pour les agents non titulaires.

⁷⁴¹ Ibidem.

⁷⁴² MEKHANTAR Joël. « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques ». *AJFP*, 2000, n°6, p. 21. A l'appui de sa démonstration, l'auteur cite une jurisprudence, au titre de laquelle il est effectivement précisé que les services publics administratifs sont par principe exclus de toute négociation collective : CE sect., 17 avril 1959, *Abadie. Leb.*, p. 234.

⁷⁴³ Ibidem.

⁷⁴⁴ CE ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, n°80232. *Leb.*, p. 406. *Leb.*, pp. 406-421, concl. S. Grévisse. *AJDA*, 1973, p. 587, chron. Franc et Boyon ; *JCP*, 1975, II, 17957, note Saint-Jours.

⁷⁴⁵ MEKHANTAR Joël. « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques ». *AJFP*, 2000, n°6, p. 21.

⁷⁴⁶ Nous l'avons vu, l'article L413-4 alinéa 2 du code des communes prévoyait l'impossibilité de rémunérer un agent en deçà du salaire minimum. À la suite de l'adoption des statuts de la fonction publique, il est possible de noter l'instauration, via un décret du 2 août 1991, d'une indemnité différentielle visant à assurer à l'ensemble des agents titulaires le maintien d'une rémunération supérieure ou égale au minimum prévu par le code du travail (Décret n°91-769 du 2 août 1991 instituant une indemnité différentielle en faveur de certains personnels civils et militaires de l'État, des personnels des collectivités territoriales et des établissements publics d'hospitalisation. *JORF*, 9 août 1991, n°185, p. 10573. Article 1^{er} : « *les fonctionnaires et agents publics (...) de la fonction publique territoriale (...), en fonctions sur le territoire européen de la France et dans les départements d'outre-mer, peuvent bénéficier d'une indemnité différentielle non soumise à retenue pour pension lorsque la rémunération mensuelle qui leur est allouée est inférieure au montant du salaire minimum de croissance servi en application (...) du code du travail* ».

Les applications ultérieures de ce principe général du droit, relevées par Monsieur le Professeur MEKHANTAR⁷⁴⁷, sont assez peu fréquentes. À titre d'illustration, en novembre 1982, le Conseil d'État est confronté à un cas presque similaire à celui qui a précédemment donné lieu à la reconnaissance du principe général du droit sus-évoqué. Fort logiquement, le Conseil d'État rappelle l'existence du principe général du droit précédemment découvert⁷⁴⁸. Il complète cependant son raisonnement concernant le nombre d'heures devant être prises en compte pour l'application du salaire minimum de croissance : « *[l'établissement public] ne pouvait, même compte tenu du caractère intermittent de l'activité de la requérante pendant ses heures de présence dans l'établissement, se borner à retenir comme travail effectif, ouvrant droit à rémunération sur la base du salaire minimum de croissance, la moitié des heures de présence accomplies par celle-ci*⁷⁴⁹ ». En d'autres termes, le salaire minimum de croissance doit être calculé sur la base de l'ensemble des heures de présences accomplies par l'agent. Là encore, cette notion de travail effectif est similaire à celle en vigueur en matière de droit privé où, pour le calcul du SMIC, il convient de tenir compte de l'ensemble du travail effectif, soit la totalité du temps où le salarié se tient à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives⁷⁵⁰. L'article D3231-6 du code du travail prévoit sur cette base que « *le salaire horaire à prendre en considération pour l'application de l'article D. 3231-5*⁷⁵¹ *[qui prévoit la nécessité d'un complément lorsque ce dernier est inférieur au SMIC] est celui qui correspond à une heure de travail effectif*⁷⁵² ». Enfin, toujours à titre d'illustration, la Cour Administrative d'Appel de Nantes a également eu l'occasion d'appliquer ce principe général

⁷⁴⁷ MEKHANTAR Joël. « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques ». *AJFP*, 2000, n°6, p. 21.

⁷⁴⁸ CE, 3 novembre 1982, *Maison de retraite de Nueil-sur-Layon*, n°29140 : « conformément au principe général du droit (...) dont s'inspire l'article L. 141-2 du code du travail, la rémunération de la requérante a été correctement calculée sur la base d'un taux de salaire horaire égal au salaire minimum de croissance ».

⁷⁴⁹ Ibidem.

⁷⁵⁰ Sur la définition du temps de travail effectif, il convient de se référer aux dispositions de l'article L3121-1 du code du travail : « *La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles* ».

⁷⁵¹ L'article D3231-5 du code du travail est rédigé de la sorte : « *Les salariés définis à l'article L. 3231-1 âgés de dix-huit ans révolus, reçoivent de leurs employeurs, lorsque leur salaire horaire contractuel est devenu inférieur au salaire minimum de croissance en vigueur, un complément calculé de façon à porter leur rémunération au montant de ce salaire minimum de croissance* ».

⁷⁵² L'article D3231-6 du code du travail est rédigé de la sorte : « *Le salaire horaire à prendre en considération pour l'application de l'article D. 3231-5 est celui qui correspond à une heure de travail effectif compte tenu des avantages en nature et des majorations diverses ayant le caractère de fait d'un complément de salaire. / Sont exclues les sommes versées à titre de remboursement de frais, les majorations pour heures supplémentaires prévues par la loi et la prime de transport* ».

du droit à l'occasion d'un arrêt rendu le 4 novembre 1992⁷⁵³ où la question du travail effectif s'est de nouveau posée.

Encore une fois, par le biais de la découverte d'un principe général du droit, le juge administratif a introduit au sein du droit de l'emploi public administratif des dispositions quasi-similaires à celles en vigueur au sein du droit privé – ici en ce qui concerne l'instauration d'un salaire minimal.

Le troisième principe général du droit que nous évoquerons est lié à l'obligation de reclassement en cas d'impossibilité médicalement constatée d'occuper un emploi.

Celui-ci a été révélé par le Conseil d'État au sein d'un arrêt du 2 octobre 2002⁷⁵⁴. La haute juridiction se montre, pour l'occasion, beaucoup plus généraliste dans ses propos que précédemment. Les juges indiquent en effet « *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*⁷⁵⁵ ». L'obligation de reclasser un agent médicalement inapte à son poste de travail est par conséquent élevée au rang de principe général du droit.

Sur le plan du droit privé, cette obligation est prévue aux articles L1226-10⁷⁵⁶ et suivants du code du travail – pour le cas où l'inaptitude est d'origine professionnelle – et aux

⁷⁵³ CAA Nantes, 4 novembre 1992, *Trempu*, n°90NT00463. En l'espèce, la requérante « *a été recrutée verbalement par le bureau d'aide sociale [d'une commune] en vue d'exercer l'emploi de garde de nuit à la résidence pour personnes âgées gérée par cet établissement public (...); il était prévu qu'elle accomplirait cette tâche une quinzaine sur deux, de 20 heures à 7 heures 30 du matin et percevrait, en contrepartie, la moitié de l'indemnité forfaitaire mensuelle (...)* ». La question du travail effectif se pose à nouveau : « *le Centre communal d'action sociale ne pouvait, même compte tenu du caractère intermittent de l'activité [de la requérante] pendant ses heures de présence dans l'établissement, se borner à retenir, comme travail effectif, ouvrant droit à rémunération sur la base du SMIC, une partie seulement des heures de présence accomplies par celle-ci* ».

⁷⁵⁴ CE, 2 octobre 2002, *Chambre de Commerce et d'Industrie de Meurthe-et-Moselle*, n°227868.

⁷⁵⁵ *Ibidem*.

⁷⁵⁶ Le premier alinéa de l'article L1226-10 du code du travail est rédigé de la sorte : « *Lorsque le salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle est déclaré inapte par le médecin du travail, en application de l'article L. 4624-4, à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités* ». Au jour de l'arrêt rendu par le Conseil d'État, objet des présents développements, l'article L122-32-5 alinéa 1^{er} du code du travail évoquait cette question. La formulation est

articles L1226-2⁷⁵⁷ et suivants dans le cas contraire. Du point de vue de la fonction publique territoriale, cette obligation de reclassement en cas d'incapacité est prévue à l'article 81 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 : *« les fonctionnaires territoriaux reconnus, par suite d'altération de leur état physique, incapables à l'exercice de leurs fonctions peuvent être reclassés dans les emplois d'un autre cadre d'emploi ou corps s'ils ont été déclarés en mesure de remplir les fonctions correspondantes⁷⁵⁸ »*. C'est concernant les agents territoriaux non titulaires que la découverte de ce principe général du droit a pris tout son intérêt. En effet, l'article 13 du décret n°88-145 du 15 février 1988 n'a longtemps prévu aucune obligation de reclassement. Au contraire, cet article prévoyait un licenciement automatique : *« l'agent non titulaire temporairement inapte pour raison de santé (...) est placé en congé sans traitement pour une durée maximale d'un an, qui peut être prolongée de six mois s'il résulte d'un avis médical que l'agent sera apte à reprendre ses fonctions à l'issue de cette période complémentaire (...). L'agent non titulaire définitivement inapte pour raison de santé à reprendre son service (...) est licencié⁷⁵⁹ »*. Cet état de fait est désormais révolu, à la faveur de la réforme portée par le décret du 29 décembre 2015, qui prévoit désormais explicitement une

différente, mais le sens identique : *« Si le salarié est déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre, à l'issue des périodes de suspension, l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer, compte tenu des conclusions écrites du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existant dans l'entreprise et après avis des délégués du personnel, un autre emploi approprié à ses capacités et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes ou aménagement du temps de travail. Si le salarié n'est pas reclassé dans l'entreprise à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la date de l'examen de reprise du travail ou s'il n'est pas licencié, l'employeur est tenu de verser à l'intéressé, dès l'expiration de ce délai, le salaire correspondant à l'emploi que celui-ci occupait avant la suspension de son contrat de travail. Ces dispositions s'appliquent également en cas d'incapacité à tout emploi dans l'entreprise constatée par le médecin du travail »*.

⁷⁵⁷ Le premier alinéa de l'article L1226-2 du code du travail est rédigé de la sorte : *« Lorsque le salarié victime d'une maladie ou d'un accident non professionnel est déclaré inapte par le médecin du travail, en application de l'article L. 4624-4, à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités »*. Au jour de l'arrêt rendu par le Conseil d'État, objet des présents développements, l'article L122-24-4 alinéa 1^{er} du code du travail évoquait cette question. La formulation est différente, mais le sens identique : *« À l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à une maladie ou un accident, si le salarié est déclaré par le médecin du travail inapte à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur est tenu de lui proposer un autre emploi approprié à ses capacités, compte tenu des conclusions écrites du médecin du travail et des indications qu'il formule sur l'aptitude du salarié à exercer l'une des tâches existantes dans l'entreprise et aussi comparable que possible à l'emploi précédemment occupé, au besoin par la mise en œuvre de mesures telles que mutations, transformations de postes de travail ou aménagement du temps de travail »*.

⁷⁵⁸ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 81.

⁷⁵⁹ 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. Article 13.

telle obligation de reclassement⁷⁶⁰. Toutefois, avant l'intervention de ces nouvelles dispositions, pesait-il sur l'administration territoriale une obligation de reclassement d'un agent non titulaire inapte pour raison médicale à reprendre son poste ? Aucun litige n'a, à notre connaissance, été soumis au juge administratif en ce sens. Cela s'explique très aisément par la prévalence, jusqu'alors, des contrats à durée déterminée. Avec l'intervention du décret du 29 décembre 2015⁷⁶¹, cette question ne se pose désormais plus. Cette novation réglementaire nous paraît particulièrement louable, surtout au regard de la pérennisation de l'emploi contractuel que nous avons précédemment pu étudier.

En tout état de cause, en dévoilant ce nouveau principe général du droit, le Conseil d'État s'est à nouveau prononcé en faveur d'un alignement de la situation des agents publics et des salariés.

Le quatrième principe général du droit que nous évoquerons, dont l'existence est également relevée par Monsieur le Professeur MEKHANTAR⁷⁶², n'a été révélé que par une juridiction de premier degré. Si sa portée est par conséquent relativement limitée, il n'en demeure pas moins que son étude permet à nouveau de démontrer un élan des juges du fond tendant à une uniformisation de la situation des salariés et des agents contractuels de droit public. Ce principe général du droit est relatif aux conditions d'obtention d'un certificat de travail.

Ainsi, il convient d'évoquer le jugement rendu le 23 juillet 1997 par le Tribunal Administratif de Rennes⁷⁶³. En l'espèce, un agent non titulaire a été licencié en raison de nombreuses fautes commises à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. À l'issue de son contrat, un certificat de travail lui est remis, mentionnant « *outré la mention de début et de fin*

⁷⁶⁰ 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. L'article 16 de ce décret modifie l'article 13 du décret n°88-145 du 15 février 1988, qui prévoit désormais notamment que : « *A l'issue d'un congé de maladie, de grave maladie, d'accident du travail, de maladie professionnelle ou de maternité, de paternité, d'accueil d'un enfant ou d'adoption, 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, 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* ».

⁷⁶¹ Ibidem.

⁷⁶² MEKHANTAR Joël. « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques ». *AJFP*, 2000, n°6, p. 21.

⁷⁶³ TA Rennes, 23 juillet 1997, *Mme G. contre Lycée professionnel de Pontivy*, n°92803. *AJFP*, 1998, n°2, pp. 49-50, comm. Joël Mekhantar.

*des services, ainsi que la qualité en vertu de laquelle elle avait été recrutée, le fait que son dernier contrat avait été interrompu avant qu'il ne soit parvenu à son terme*⁷⁶⁴ ». L'agent, considérant qu'une telle information est susceptible de lui porter préjudice sollicite de son ancien employeur public la délivrance d'un nouveau certificat de travail expurgé de toute référence à ce licenciement. La décision de refus est censurée par le juge administratif qui justifie sa décision par la reconnaissance d'un nouveau principe général du droit : il « *résulte d'un principe général du droit de la fonction publique, qui s'inspire de l'article L.122-16 du Code du travail, que les agents non titulaires de droit public sont en droit d'obtenir, à la suite d'un licenciement, un certificat de travail ne contenant exclusivement que la date de début et de fin de leurs services, ainsi que la nature de l'emploi qu'ils occupaient*⁷⁶⁵ ».

Aujourd'hui, le contenu exact du certificat de travail devant être délivré par une l'employeur territorial à l'issue de l'engagement de son agent est déterminé par les dispositions de l'article 38 du décret n°88-145 du 15 février 1988, dans sa rédaction issue du décret n°2015-1912 du 29 décembre 2015⁷⁶⁶. Il serait par conséquent impossible pour un employeur territorial, comme c'était le cas en l'espèce, de mentionner sur ce certificat l'existence d'un licenciement.

Si l'intérêt de ce principe général du droit est aujourd'hui très relatif, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'une nouvelle illustration de la volonté des juges administratifs de procéder à une travaillisation du régime juridique applicable aux agents non titulaires.

Enfin, afin d'être parfaitement complet sur cette question du certificat de travail, il convient de noter l'existence d'un autre jugement rendu par ce même Tribunal Administratif de Rennes⁷⁶⁷. Au sein de cette instance, le Tribunal applique directement à un agent territorial le code du travail sans user de la technique des principes généraux du droit. Monsieur le Professeur MEKHANTAR note alors que « *sans doute faut-il y voir une confirmation de cette*

⁷⁶⁴ Ibidem.

⁷⁶⁵ Ibidem.

⁷⁶⁶ L'article 38 du décret n°88-145, dans sa rédaction issue de l'article 40 du décret n°2015-1912 du 29 décembre 2015, est désormais libellé de la sorte : « *À l'expiration du contrat, l'autorité territoriale délivre à l'agent un certificat qui contient exclusivement les mentions suivantes : / 1° La date de recrutement de l'agent et celle de fin de contrat ; / 2° Les fonctions occupées par l'agent, la catégorie hiérarchique dont elles relèvent et la durée pendant laquelle elles ont été effectivement exercées ; / 3° Le cas échéant, les périodes de congés non assimilées à des périodes de travail effectif* ».

⁷⁶⁷ TA Rennes, 22 novembre 2000, *Mlle Le Dily*, n°992168. *AJFP*, 2001, n°4, p. 33, comm. J. Mekhantar.

*tendance du Code du travail à devenir, dans des domaines aujourd'hui plus nombreux, une source directe du droit des agents publics non titulaires*⁷⁶⁸ ».

Nous avons pu observer la multiplication de principes généraux du droit tendant à rapprocher certains principes fondamentaux des droits public et privé du travail, du moins concernant les agents non titulaires. Des principes généraux du droit, dont cette fois le bénéfice est partagé entre agents non titulaires et agents titulaires, méritent d'être évoqués.

b) L'hybridation par la découverte de principes généraux du droit applicables à tous les agents publics :

Outre les principes généraux du droit ci-dessus évoqués, dont le bénéfice est exclusivement réservé aux agents non titulaires, il convient d'évoquer trois autres principes généraux du droit qui concernent cette fois l'ensemble des agents publics.

Là encore, nous baserons notre analyse sur le travail de systématisation réalisé par Monsieur le Professeur MEKHANTAR⁷⁶⁹. Ainsi, il conviendra d'évoquer successivement les principes généraux du droit tendant à reconnaître l'impossibilité absolue de toute sanction pécuniaire, à protéger les agents usant de leur droit de grève et à consacrer la faculté, pour un agent territorial, de faire valoir son droit de retrait. En découvrant ces trois autres principes généraux du droit, le juge administratif a une nouvelle fois œuvré en faveur d'un rapprochement entre le droit de l'emploi public administratif et le droit privé.

Le premier de ces principes recensé par Monsieur le Professeur MEKHANTAR⁷⁷⁰ est celui tendant à interdire toute amende et sanction pécuniaire à l'encontre du personnel. Une telle question s'est posée concernant le personnel de la SNCF – entreprise publique à statut,

⁷⁶⁸ MEKHANTAR Joël. « Responsabilité d'une commune pour non-respect du Code du travail. Commentaire du jugement TA Rennes, 22 novembre 2000, *Mlle Le Dily*, n°992168 ». *AJFP*, 2001, n°4, p. 33.

⁷⁶⁹ MEKHANTAR Joël. « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques ». *AJFP*, 2000, n°6, p. 21.

⁷⁷⁰ *Ibidem*.

tout comme peuvent l'être EDF et GDF – et a donné lieu à un arrêt du Conseil d'État en date du 1^{er} juillet 1988⁷⁷¹.

En l'espèce, c'est initialement le juge civil qui a été saisi par les requérants, qui reprochaient à leur employeur de leur avoir infligé une sanction pécuniaire en la forme d'une retenue sur leur prime de fin d'année. Une telle possibilité était offerte à l'administration par le biais de son règlement intérieur. La juridiction judiciaire, afin de trancher ce litige, sollicita du juge administratif – saisi par voie de question préjudicielle – qu'il se prononce sur la légalité des dispositions réglementaires soumises à son appréciation. La haute juridiction se prononça en ces termes : « *considérant qu'aux termes de l'article L.122-42 du code du travail*⁷⁷², dans la rédaction que lui a donnée la loi du 4 août 1982 : « *Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite* » ; *qu'en édictant cette interdiction, le législateur a énoncé un principe général du droit du travail applicable aux entreprises publiques dont le personnel est doté d'un statut réglementaire et qui n'est pas incompatible avec les nécessités de la mission de service public confiée à la Société nationale des chemins de fer français*⁷⁷³ ». Là encore, on observe donc – via la révélation d'un principe général du droit – une harmonisation entre les droits public et privé du travail.

Se pose toutefois la question de l'intérêt d'un tel principe général du droit concernant l'emploi public administratif territorial. En effet, la formulation adoptée par le Conseil d'État semble particulièrement restrictive en ce qu'elle limite l'applicabilité de ce principe aux entreprises publiques dont le personnel est doté d'un statut réglementaire. Cette interdiction de toute sanction pécuniaire, élevée au rang de principe général du droit, « *s'appliquerait-elle aussi à l'État, aux communes, aux hôpitaux et à l'ensemble des établissements publics autres qu'industriels et commerciaux ? Bien qu'il ne semble pas qu'une telle question ait déjà été posée au juge, la doctrine semble admettre que cette solution soit transposable à l'ensemble du droit de la fonction publique*⁷⁷⁴ ». L'intérêt de cette question se pose surtout concernant l'attribution de primes, qui pourraient être réduites par décision de l'autorité territoriale en

⁷⁷¹ CE ass., 1^{er} juillet 1988, *Billard et Volle*, n°66405. *Leb.*, p. 268. *Dr. Soc.*, 1988, p. 775, concl. O. Van Ruymbeke.

⁷⁷² Il s'agit aujourd'hui de l'article L1331-2 du code du travail.

⁷⁷³ CE ass., 1^{er} juillet 1988, *Billard et Volle*, n°66405. *Leb.*, p. 268. *Dr. Soc.*, 1988, p. 775, concl. O. Van Ruymbeke.

⁷⁷⁴ MEKHANTAR Joël. « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques ». *AJFP*, 2000, n°6, p. 21.

raison, par exemple, de l'existence d'une sanction disciplinaire par ailleurs prononcée à l'encontre de l'agent. En effet, en matière disciplinaire, la liste des sanctions qu'il est possible d'opposer à l'agent est limitativement énumérée, qu'il s'agisse d'un titulaire⁷⁷⁵ ou d'un contractuel⁷⁷⁶. Dans un cas comme dans l'autre, aucune sanction pécuniaire n'est envisageable.

Le second principe général du droit bénéficiant à l'ensemble des agents publics – recensé là encore par Monsieur le Professeur MEKHANTAR⁷⁷⁷ – a été révélé au sein d'un arrêt *Malher*⁷⁷⁸ rendu le 12 novembre 1990 et vise à protéger les agents usant de leur droit de grève.

Les faits sont comparables à ceux précédemment évoqués : des agents de la SNCF contestent la suspension du droit à avancement d'échelon lors de l'exercice du droit de grève, prévu par le règlement intérieur. Il en va de même pour la procédure : une question préjudicielle posée par un Conseil de Prud'homme. Le Conseil d'État se montre tout aussi restrictif qu'auparavant : « *en vertu des dispositions du deuxième alinéa de l'article L.521-1 du code du travail*⁷⁷⁹ issu de la loi du 17 juillet 1978, l'exercice de la grève « ne saurait donner lieu de la part de l'employeur à des mesures discriminatoires en matière de rémunérations et d'avantages sociaux » ; [en] édictant cette interdiction, le législateur a énoncé un principe général du droit du travail applicable aux entreprises publiques dont le personnel est doté d'un statut réglementaire et qui n'est pas incompatible avec les nécessités

⁷⁷⁵ En ce sens, voir : Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 89 : « *Les sanctions disciplinaires sont (...) : l'avertissement ; le blâme ; l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximale de trois jours ; (...) l'abaissement d'échelon ; l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de quatre à quinze jours ; (...) la rétrogradation ; l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de seize jours à deux ans ; (...) la mise à la retraite d'office ; la révocation* ».

⁷⁷⁶ En ce sens, voir : 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. Les sanctions disciplinaires applicables à un agent non titulaire ont été listées au sein d'un article 36, devenu article 36-1 par l'effet de l'article 19 du décret n°2007-1829 du 24 décembre 2007. Les sanctions qu'il est possible d'infliger sont les suivantes : « *1° L'avertissement ; 2° Le blâme ; 3° L'exclusion temporaire des fonctions (...); 4° Le licenciement, sans préavis ni indemnité de licenciement* ».

⁷⁷⁷ Ibidem.

⁷⁷⁸ CE, 12 novembre 1990, *Malher*, n°42875. *Leb.*, p. 321. *AJDA*, 1991, p. 332, obs. M. Hecquard-Théron.

⁷⁷⁹ Il s'agit aujourd'hui de l'article L2511-1 du code du travail.

*de la mission de service public confiée à la Société Nationale des Chemins de Fer Français*⁷⁸⁰ ».

Des remarques similaires à celles effectuées pour l'arrêt précédent peuvent ici être faites : même si le principe général du droit révélé par le Conseil d'État est rédigé de manière particulièrement restrictive, il ne fait aucun doute que le but poursuivi est d'accroître la protection de tous les agents publics – quel que soit leur employeur – en leur offrant des garanties similaires à celles dont bénéficient les salariés relevant du code du travail.

Le troisième principe général du droit que nous évoquerons, principe dont l'existence est là encore signalée par Monsieur le Professeur MEKHANTAR⁷⁸¹, concerne le droit de retrait au sein de la fonction publique territoriale, révélé par un jugement rendu le 10 octobre 1996 par le Tribunal Administratif de Besançon⁷⁸².

En l'espèce, un agent communal est sanctionné pour avoir refusé d'obéir aux instructions qui lui ont été données sur la base de leur dangerosité. Le requérant conteste par devant le Tribunal Administratif les trois jours de suspension qui lui sont infligés. Afin de justifier ce refus d'obéissance, il se base sur les dispositions du décret n°95-680 du 9 mai 1995⁷⁸³ relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail, ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique, qui ont introduit un droit de retrait du travail au bénéfice des agents publics. Le Commissaire du Gouvernement relève cependant que « *[le requérant] ne peut invoquer ces dispositions qui ne concernent que les agents de l'État ou des établissements publics d'État. [Aucun] droit similaire n'a été donné aux agents des collectivités territoriales*⁷⁸⁴ ». Le Commissaire du Gouvernement propose alors de combler cette lacune, et de conférer au droit de retrait d'un agent le caractère de principe général du droit. Le Tribunal fait sienne cette analyse, censurant la sanction disciplinaire et indiquant qu'il « *résulte du principe général dont s'inspire l'article L. 231-8-1 du Code du travail qu'aucune sanction, aucune retenue de salaire, ne peut être prise à l'encontre d'un salarié ou d'un agent public*

⁷⁸⁰ CE, 12 novembre 1990, *Malher*, n°42875. *Leb.*, p. 321. *AJDA*, 1991, p. 332, obs. M. Hecquard-Théron.

⁷⁸¹ *Ibidem*.

⁷⁸² TA Besançon, 10 octobre 1996, *Glory. Dr. Soc.*, 1996, p. 1034, concl. Claire Moulin. *AFJP*, 1997, 39, note P. B. LPA, 23 juillet 1997, note Portet.

⁷⁸³ Décret n°95-680 du 9 mai 1995 modifiant le décret n°82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail, ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique. *JORF*, 11 mai 1995, n°110, p. 7794.

⁷⁸⁴ MOULIN Claire. « Le droit de retrait, principe général du droit du travail ? Conclusions sous TA Besançon, 10 octobre 1996, *Glory* ». *Dr. Soc.*, 1996, n°12, p. 1034.

*qui s'est retiré d'une situation de travail dont il avait un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour sa vie ou pour sa santé*⁷⁸⁵ ».

Si ce principe général du droit n'a jamais eu l'occasion d'être consacré par le Conseil d'État, c'est très certainement parce que l'occasion ne s'est par la suite plus présentée. Il convient en effet de noter que le gouvernement a introduit l'exercice du droit de retrait au sein de la fonction publique territoriale par le décret n°2000-542 du 16 juin 2000⁷⁸⁶. Toutefois, là encore, l'existence de ce principe général du droit démontre une volonté des juges administratifs de rapprocher les régimes juridiques applicables aux agents publics et aux salariés.

L'étude de l'ensemble de ces principes généraux nous occasionne un regret certain : la démarche du juge est fragmentaire, puisque chacun de ces principes généraux du droit est d'application relativement restreinte. Il nous semble toutefois possible d'identifier, au travers de l'ensemble de ces exemples jurisprudentiels, une volonté globale d'accorder aux agents contractuels, dans le silence des textes, des garanties similaires à celles offertes aux salariés.

2. Une volonté globale d'accorder aux agents publics, dans le silence des textes, des garanties similaires à celles offertes aux salariés relevant du droit privé :

Le juge administratif a donc multiplié les principes généraux du droit tendant à uniformiser le régime juridique applicable aux agents publics et aux salariés. Toutefois, et comme nous l'avons déjà relevé, ces différents principes se révèlent généralement restreints dans leur formulation, et donc dans leur applicabilité. Au surplus, certains auteurs relèvent un

⁷⁸⁵ TA Besançon, 10 octobre 1996, *Glory. Dr. Soc.*, 1996, p. 1034, concl. Claire Moulin. *AFJP*, 1997, 39, note P. B. *LPA*, 23 juillet 1997, note Portet.

⁷⁸⁶ Décret n°2000-542 du 16 juin 2000 modifiant le décret n°85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale. *JORF*, 20 juin 2000, n°141, p. 9249.

« manque d'audace du juge à ne pas vouloir trop découvrir de nouveaux principes⁷⁸⁷ ». Il est vrai qu'une multiplication incontrôlée des principes généraux du droit ne constituerait pas une solution à même d'assurer une sécurité juridique acceptable. Toutefois, et malgré cette réticence présumée du juge administratif, le nombre de principes généraux du droit découverts en la matière nous semble important. Nous ne pouvons dès lors que regretter que le Conseil d'État n'ait pas adopté une position synthétique, garante des droits des travailleurs quelle que soit la nature du lien juridique à l'origine de la relation de travail.

Dans cette optique, les conclusions du Commissaire du Gouvernement GREVISSE, rendues à l'occasion de l'arrêt *Dame Peynet*⁷⁸⁸, auraient à notre sens mérité d'être suivies. Pour mémoire, le Commissaire du Gouvernement sollicitait du Conseil d'État la reconnaissance d'un principe général du droit visant à reconnaître, lorsque les nécessités propres du service public n'y font pas obstacle et lorsqu'aucune disposition législative ne l'exclut expressément, des droits équivalents pour les agents publics à ceux que la législation du travail reconnaît à l'ensemble des salariés⁷⁸⁹. Un tel principe général du droit aurait permis, sans renier une quelconque disposition législative ou même mettre en péril le fonctionnement normal de l'administration, d'aboutir aux mêmes résultats que ceux précédemment évoqués, tout en offrant une sécurité juridique renforcée. La prévisibilité de la jurisprudence administrative aurait en effet été accentuée.

En tout état de cause, tous ces principes généraux du droit ont été adoptés par le juge administratif dans le cadre d'une démarche visant à « protéger certaines catégories de travailleurs ou de personnes qui, en raison des lacunes de la législation ou de la réglementation, se trouvent privées de garanties élémentaires qu'il estime applicables à toute personne car ces garanties traduisent l'état minimum de droit auquel la société est parvenue à un moment donné⁷⁹⁰ ». Systématiquement, le juge administratif a considéré que l'état minimum de droit auquel la société était parvenue était constitué par les dispositions du code

⁷⁸⁷ JEAN-PIERRE Didier. « La privatisation du droit de la fonction publique ». *JCP A*, 2003, n°29, p. 973. En ce sens, voir également : MEKHANTAR Joël. « Commentaire du jugement TA Rennes, 23 juillet 1997, *Mme G. contre Lycée professionnel de Pontivy*, n°92803 ». *AJFP*, 1998, n°2, pp. 49-50 : « aussi audacieux soit-il, le juge administratif ne peut pas créer à tout moment des principes généraux du droit, fussent-ils inspirés directement par le législateur ».

⁷⁸⁸ CE ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, n°80232. *Leb.*, p. 406. *Leb.*, pp. 406-421, concl. S. Grévisse. *AJDA*, 1973, p. 587, chron. Franc et Boyon ; *JCP*, 1975, II, 17957, note Saint-Jours.

⁷⁸⁹ GREVISSE Suzanne. « Conclusions sous l'arrêt CE ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet* ». *Leb.*, pp. 406-421.

⁷⁹⁰ LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DEVOLVE Pierre, GENEVOIS Bruno. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Paris : Dalloz, 10^e édition, 1993. 820 p. p. 689. La citation est tirée de la note sous l'arrêt : CE, 8 décembre 1978, *GISTI*. *Leb.*, p. 493.

du travail. Nous pouvons donc relever une volonté globale d'accorder aux agents publics, dans le silence des textes, des garanties similaires à celles offertes aux salariés relevant du droit privé. Par l'intermédiaire de la découverte de nombreux principes généraux du droit, le juge a donc contribué à rapprocher certains aspects du droit de l'emploi public administratif et du droit privé du travail.

Il ne s'agit toutefois pas là de la seule influence du droit du travail sur la jurisprudence administrative.

B. Une travaillisation de la jurisprudence administrative sous l'influence du juge judiciaire :

En dehors des cas de reconnaissance de principes généraux du droit, la jurisprudence administrative a également été influencée par la jurisprudence judiciaire⁷⁹¹. Ainsi, l'influence du droit du travail sur le droit applicable aux agents des administrations territoriales peut également être observée lorsque les décisions rendues par le juge judiciaire servent de mètre étalon à son homologue administratif. Tel a notamment été le cas en matière d'accident de service (1) et de lutte contre les discriminations (2).

1. L'influence de la jurisprudence judiciaire sur le juge administratif en matière d'accident de service :

Dans le cadre des accidents de travail – qualifiés d'accidents de service en matière administrative – le juge judiciaire a eu une influence considérable sur le juge administratif. Les deux ordres de juridiction ont en effet eu à cœur d'uniformiser leur position et notamment l'étendue de la garantie offerte aux travailleurs, contribuant de fait à rapprocher droit de l'emploi public administratif et droit du travail.

⁷⁹¹ En ce sens, voir notamment : HEAS Franck. « L'extension du droit du travail aux agents des collectivités territoriales ». *JCP S*, 2008, n°17, 1246.

Dans un premier temps, tant le Conseil d'État que la Cour de Cassation ont exclu la reconnaissance de tout accident de travail ou de service dès lors que le salarié ou l'agent se livrait à une activité personnelle, en dehors de la mission confiée par son employeur. Ainsi, la Cour de Cassation a dans un premier temps considéré⁷⁹² que « *si les envoyés en mission ont droit à la protection de la loi pendant tout le temps que s'exerce cette mission, celle-ci ne doit être considérée comme s'exerçant, que tant qu'il n'est pas établi que l'ouvrier n'a pas recouvré sa pleine indépendance ou n'a pas interrompu sa mission pour un motif indépendant de son emploi* ». En l'espèce, un ouvrier avait été envoyé par son employeur en mission extérieure et avait subi un accident alors même qu'il se rendait à une fête en dehors de ses horaires de travail et pour un motif personnel. La Cour de Cassation a considéré qu'un tel accident ne pouvait relever de la protection offerte par le droit du travail au salarié, « *la victime [ayant] recouvré toute son indépendance et ne se [trouvant] nullement soumise au contrôle et à l'autorité, même théorique, du chef d'entreprise ou de ses préposés* ». Le juge judiciaire précisera ensuite sa jurisprudence, excluant tout accident de travail dès lors que la victime réalisait un acte de la vie courante⁷⁹³.

Le juge administratif s'est, sur ce point, calqué sur la solution adoptée par son homologue de l'ordre judiciaire. Ainsi, au sein d'un arrêt rendu le 30 septembre 1988, la haute juridiction a considéré que « *l'accident, survenu à l'occasion d'un acte de la vie courante, était ainsi, (...) nonobstant la circonstance que [la victime] se trouvait en mission, dépourvu de tout lien avec le service*⁷⁹⁴ ». Les commentateurs de cette décision se sont d'ailleurs réjouis de l'harmonisation ainsi opérée entre les deux ordres de juridiction⁷⁹⁵ qui ont donc tous deux considéré que les accidents survenus à l'occasion d'actes de la vie personnelle – même lorsque l'agent ou le salarié se trouve dans le cadre d'un déplacement professionnel – ne peuvent pas ouvrir droit à la reconnaissance d'un accident du travail ou d'un accident de service. L'influence du juge judiciaire sur le juge administratif est déjà, à cette date, patente.

⁷⁹² Cass. soc., 29 mars 1952. *JCP G*, 1952, 7166. *Bull. civ. IV*, n°293.

⁷⁹³ Cass. soc., 19 juillet 1968. *Bull. civ. V*, n°401.

⁷⁹⁴ CE, 30 septembre 1988, *Bonmartin*, n°70069. *Leb.*, 1988, p. 320. *AJDA*, 1988, p. 724, chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre.

⁷⁹⁵ AZIBERT Michel, BOISDEFFRE de Martine. « Chronique de l'arrêt CE, 30 septembre 1988, *Bonmartin*, n°70069 ». *AJDA*, 1988, p. 724. Les auteurs indiquent que : « *la position de principe adoptée par la Section a, de surcroît, l'avantage d'harmoniser sur ce point la jurisprudence du Conseil d'État avec celle de la Cour de cassation* ».

Dans un second temps, par deux arrêts rendus le 19 juillet 2001⁷⁹⁶, la Cour de Cassation a opéré un revirement de sa jurisprudence, considérant que « *le salarié effectuant une mission a droit à [la protection relative aux accidents de travail] pendant tout le temps de la mission qu'il accomplit pour son employeur, peu important que l'accident survienne à l'occasion d'un acte professionnel ou d'un acte de la vie courante, sauf [si] le salarié avait interrompu sa mission pour un motif personnel* ». Au sein de ces espèces, le salarié victime – ou ses ayants droits – a pu obtenir la reconnaissance d'un accident de travail s'étant produit au sein de leur chambre d'hôtel, où il résidait en raison d'un déplacement professionnel.

Le Conseil d'État s'inspirera de cette évolution pour lui aussi mettre « *fin à une jurisprudence aujourd'hui difficilement explicable [et éviter] une divergence avec la jurisprudence judiciaire sur les accidents du travail, ce qui est heureux, s'agissant de contentieux de même nature*⁷⁹⁷ ». Ainsi, par un arrêt *Quinio* rendu le 3 décembre 2004, la haute juridiction administrative considère elle aussi que « *la circonstance [qu'un] accident soit survenu à l'occasion d'un acte de la vie courante [n'est] pas de nature à lui faire perdre le caractère d'accident de service*⁷⁹⁸ ». Ce faisant, le juge administratif a aligné sa jurisprudence avec celle de la Cour de Cassation.

Dans le cadre des accidents de travail ou de service, le juge judiciaire a donc grandement influencé la jurisprudence administrative, comme le rappelle le Commissaire du Gouvernement Yann AGUILA au sein de ses conclusions rendues à l'occasion de l'arrêt *Quinio*⁷⁹⁹. Une évolution similaire est intervenue en matière d'accidents de trajet⁸⁰⁰. Là encore,

⁷⁹⁶ Cass. soc., 19 juillet 2001, n°99-21536 et 99-20603. *Bull. civ. V*, n°285. *D.*, 2002, p. 28, note Y. Saint-Jours. *Dr. Soc.*, 2001, p. 1023, note X. Prétot.

⁷⁹⁷ DAVIA Jean. « L'extension de la notion d'accident de service pour les agents publics en mission ». *D.*, 2005, p. 941.

⁷⁹⁸ CE sect., 3 décembre 2004, *Quinio*, n°260786. *Leb.*, 2004, p. 448. *RFDA*, 2005, n°2, p. 358, conclusions Y. Aguila.

⁷⁹⁹ AGUILA Yann. « Conclusions rendues à l'occasion de l'arrêt CE sect., 3 décembre 2004, *Quinio*, n°260786 ». *RFDA*, 2005, n°2, p. 358. Le Commissaire du Gouvernement rappelle au Conseil d'État qu'en : « *matière d'accident du travail, vous avez toujours été attentifs à éviter les divergences de jurisprudence avec la Cour de cassation* ».

⁸⁰⁰ En matière d'accident de trajet, le Conseil d'État refusait initialement l'indemnisation de l'agent dès lors qu'il s'écartait, pour une raison extérieure à toute nécessaire de service, de son trajet habituel (en ce sens, et pour illustration, voir notamment : CE, 10 février 2006, *Madame Camus*, n°264293. *JCP A*, 2006, 1115). Sa jurisprudence s'est par la suite assouplie (en ce sens, voir notamment : CE sect., 29 janvier 2010, *Micheline O*, n°314148. *DA*, 2010, n°4, comm. 60, commentaire F. Melleray) pour s'aligner avec celle de la Cour de Cassation (en ce sens, voir notamment : Cass. soc., 13 octobre 1994, n°92-12229. *D.*, 1994, p. 255).

nous ne pouvons que noter une interpénétration du droit de l'emploi public administratif et du droit du travail dont les différences tendent à s'estomper.

2. *L'influence de la jurisprudence judiciaire sur le juge administratif en matière de lutte contre les discriminations :*

En matière de lutte contre les discriminations, le juge administratif a également œuvré en faveur d'un rapprochement avec la jurisprudence judiciaire. À titre liminaire, il sera rappelé que la lutte contre les discriminations, en matière d'emploi, trouve son origine au sein du préambule de la constitution du 27 octobre 1946, qui précise que « *chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances* ». L'article 6 du statut général des fonctionnaires reprend ce principe⁸⁰¹. Concernant la fonction publique territoriale, « *les textes applicables (...) demeurent en retrait en la matière. Aussi, la jurisprudence applique à l'emploi public local les principes existant pour l'emploi salarié. Il suffit à l'agent territorial qui s'estime victime d'une différence de traitement prohibée, d'avancer devant le juge des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination*⁸⁰² ».

Comme le remarque Franck HEAS⁸⁰³, un arrêt rendu par la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux le 16 mars 2004 illustre parfaitement ce propos. En l'espèce, un agent a fait l'objet d'une mutation interne le privant d'un grand nombre de responsabilités, suite à la création d'une section syndicale dont il était l'un des responsables le tout dans un climat social particulièrement tendu. Relevant « *que la décision d'affectation de [la requérante] n'était pas justifiée par l'intérêt du service mais (...) prise en considération de l'activité syndicale de celle-ci [les juges en déduisent] qu'elle est donc entachée de détournement de*

⁸⁰¹ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. L'article 6 de cette loi, dans sa rédaction issue de la loi du 6 août 2012 (Loi n°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel. *JORF*, 7 août 2012, n°0182, p. 12921. Article 4) précise au sein de ses deux premiers alinéas que : « *La liberté d'opinion est garantie aux fonctionnaires. / Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race* ».

⁸⁰² HEAS Franck. « L'extension du droit du travail aux agents des collectivités territoriales ». *JCP S*, 2008, n°17, 1246.

⁸⁰³ *Ibidem*.

*pouvoir*⁸⁰⁴ ». Si l'on ne décèle pas, de prime abord, l'influence de la jurisprudence judiciaire sur cette décision, elle est tout de même bien présente. Une lecture attentive des conclusions du Commissaire du Gouvernement Jean-Louis REY permet de s'en convaincre. Celui-ci y précise que le juge administratif doit, en matière de discrimination, adopter une position similaire à celle du juge judiciaire⁸⁰⁵. Il considère en effet que l'article L122-45 du code du travail – dont les dispositions qui nous intéressent sont aujourd'hui reprises au sein de l'alinéa 3 de l'article L1132-3-3 de ce même code⁸⁰⁶ – et sur laquelle la jurisprudence judiciaire s'est basée pour établir le régime de la preuve en la matière de discrimination, doit trouver une application similaire en matière administrative. Le juge judiciaire considère ainsi que le salarié ne doit apporter que la preuve d'éléments susceptibles de constituer une discrimination charge ensuite à l'employeur de démontrer que les mesures ainsi prises l'ont été sur la base d'un motif légitime. Sur ce point, et à titre d'illustration, il est notamment possible de citer un arrêt rendu le 26 avril 2000 par la chambre sociale de la Cour de Cassation⁸⁰⁷. Au sein de l'arrêt rendu le 16 mars 2004 par la Cour Administrative d'Appel de Bordeaux, le juge administratif se conforme à la suggestion de son Commissaire du Gouvernement, précisant si la requérante est parvenue à apporter des preuves susceptibles de démontrer le caractère discriminatoire de la mesure prise à son encontre, la commune n'a pas été en mesure, en retour, de justifier sa légitimité. Dès lors, et sur cette base, le juge administratif en déduit le caractère discriminatoire de ladite mesure⁸⁰⁸.

⁸⁰⁴ CAA Bordeaux, 16 mars 2004, *Commune de Penne d'Agenais*, n°00BX00711. *Droit ouvrier*, 2004, p. 28, conclusions J.-L. Rey.

⁸⁰⁵ REY Jean-Louis. « Conclusions rendues à l'occasion de l'arrêt CAA Bordeaux, 16 mars 2004, *Commune de Penne d'Agenais*, n°00BX00711 ». *Droit ouvrier*, 2004, p. 28.

⁸⁰⁶ L'alinéa 3 de l'article L1132-3-3 du code du travail précise que : « *En cas de litige relatif à l'application des premier et deuxième alinéas, dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, ou qu'elle a signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 précitée, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles* ».

⁸⁰⁷ Cass. soc., 26 avril 2000, n°98-42643 à 98-42648. *D.*, 2000, n°21, p. 160. La Cour rappelle que « *s'il appartient au salarié syndicaliste qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement, il n'incombe pas à celui-ci de rapporter la preuve de la discrimination syndicale, mais à l'employeur d'établir que cette disparité est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance syndicale* ».

⁸⁰⁸ CAA Bordeaux, 16 mars 2004, *Commune de Penne d'Agenais*, n°00BX00711. *Droit ouvrier*, 2004, p. 28, conclusions J.-L. Rey. Il convient de noter qu'en l'espèce, la requérante est parvenue à établir par la production de nombreux justificatifs que son travail donnait toute satisfaction et que, dès lors, l'argument de la commune selon lequel sa mutation était justifiée par la profonde désorganisation du service liée à sa mauvaise gestion n'était pas recevable. La Cour indique ainsi que : « *si la commune de Penne d'Agenais soutient que cette réorganisation était justifiée par les dysfonctionnements du service d'entretien et de restauration scolaire, il*

Au surplus, les dispositions du code du travail relatives à la lutte contre les discriminations – et notamment les principes de preuve qui la gouvernent – sont issues de la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001⁸⁰⁹, qui elle-même fait suite à une directive européenne du 27 octobre 2000⁸¹⁰. Si le législateur français a limité l'applicabilité de ce nouveau mode d'admission de la preuve au secteur privé, telle n'était pas la lettre de la directive, qui avait vocation à s'appliquer à l'ensemble des travailleurs, quelle que soit la nature juridique du lien les unissant à leur employeur⁸¹¹. La position adoptée par le juge administratif, s'inspirant de la jurisprudence judiciaire, est donc d'autant plus légitime. En procédant de la sorte, le juge administratif a encore une fois atténué les différences entre les salariés et les agents publics.

Le juge administratif a donc œuvré en faveur d'un rapprochement des régimes juridiques applicables aux agents publics et aux salariés soit en procédant à la découverte de principes généraux du droit, soit en alignant sa jurisprudence avec celle de la Cour de Cassation. En atténuant les différences entre ces deux régimes, le juge administratif a contribué à la travaillisation du régime juridique applicable à l'emploi public administratif en général, territorial en particulier. De fait, la privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial en serait d'autant facilitée.

De plus, il convient de noter que le législateur lui-même a œuvré en faveur d'un rapprochement entre ces deux régimes juridiques.

ressort des pièces du dossier, d'une part que Mme X a toujours fait l'objet d'appréciations élogieuses de son travail, et d'autre part, que la mesure affectant ses attributions a été prise peu après la création d'une section syndicale dont elle était l'une des responsables et alors qu'un conflit opposait le maire et les personnels communaux ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, corroborés par les attestations produites par d'autres agents communaux, que la décision d'affectation de Mme X n'était pas justifiée par l'intérêt du service mais doit être regardée comme prise en considération de l'activité syndicale de celle-ci ; qu'elle est donc entachée de détournement de pouvoir ».

⁸⁰⁹ Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations. *JORF*, 17 novembre 2001, n°267, p. 18311.

⁸¹⁰ Directive n°2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. *JOCE*, n°L303, 2 décembre 2000, pp. 16-22.

⁸¹¹ L'article 3 de la directive n°2000/78/CE précise que le champ d'application de ses dispositions : « *la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics* ».

§2 – Des conditions publiques et privées de travail lissées par le législateur :

L'hybridation des droits privé et public du travail précédemment évoquée est aussi due à l'action du législateur, qui a également contribué à ce phénomène en lissant les conditions de travail applicables aux travailleurs quelle que soit la nature juridique du lien les unissant à leur employeur. Le rapprochement ainsi opéré nous semble rendre davantage encore envisageable la privatisation de l'emploi public administratif territorial.

Ainsi, le législateur a uniformisé le droit applicable à certaines catégories de salariés et d'agents publics et ce quelle que soit la nature du lien juridique les unissant à leur employeur (A). Le législateur a procédé de même concernant certaines dispositions relatives à l'hygiène, la sécurité et la médecine préventive, la formation professionnelle et le temps de travail (B).

A. Une uniformisation du droit applicable à certaines catégories d'agents publics ou de salariés :

Le législateur a entendu adopter des dispositions applicables tant aux salariés qu'aux agents soumis au droit public afin de garantir une égalité de traitement quelle que soit la nature du lien juridique unissant le travailleur à son employeur. Ce faisant, le législateur a estimé que certains principes fondamentaux se devaient de dépasser les frontières de la distinction entre le droit privé et le droit public, la rendant de fait particulièrement poreuse. Nous évoquerons ici trois exemples de salariés ou d'agents qui, placés dans des situations similaires, peuvent prétendre au bénéfice de droits équivalents.

Le code du travail consacre ainsi le titre II du livre II de la troisième partie de sa partie législative à la question de l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes⁸¹². L'article L3221-1 du code du travail étend l'applicabilité des dispositions des articles L3221-2 à L3221-7 aux agents régis par le droit public⁸¹³. Ainsi, tout employeur, quelle que soit la

⁸¹² Il s'agit là des articles L3221-1 à L3221-10 du code du travail.

⁸¹³ L'article L3221-1 du code du travail prévoit en effet que : « *Les dispositions des articles L. 3221-2 à L. 3221-7 sont applicables, outre aux employeurs et salariés mentionnés à l'article L. 3211-1, à ceux non régis par le code du travail et, notamment, aux agents de droit public* ».

nature du lien juridique le liant à ses préposés, se doit d'assurer « *pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes*⁸¹⁴ ». Ainsi, et fort logiquement, « *les disparités de rémunération entre les établissements d'une même entreprise ne peuvent pas, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, être fondées sur l'appartenance des salariés de ces établissements à l'un ou l'autre sexe*⁸¹⁵ ». Ce faisant, les employeurs, quelle que soit leur nature juridique – publique ou privée – doivent garantir à leurs employés une rémunération équivalente quel que soit leur sexe.

Par ailleurs, les candidats à un mandat parlementaire ou local⁸¹⁶ bénéficient également, qu'il s'agisse de salariés ou d'agents régis par le droit public⁸¹⁷, de la possibilité de solliciter un congé non rémunéré à leur convenance – sous réserve du respect d'un délai de prévenance⁸¹⁸ – afin de participer à la campagne électorale. Un tel congé peut être imputé, sur demande du salarié ou de l'agent, sur son solde de congés annuels⁸¹⁹. En cas d'élection à l'assemblée nationale ou au sénat, le salarié ou l'agent public est en droit de solliciter la suspension de sa relation de travail⁸²⁰ et peut demander, au terme de son mandat, à retrouver son emploi ou un autre emploi analogue⁸²¹, sauf en cas de renouvellement de son mandat⁸²². Dans un tel cas de figure, l'agent ou le salarié a la possibilité de solliciter sa réembauche et bénéficie pendant un an d'une priorité dans les emplois auxquels sa qualification lui permet de prétendre⁸²³. Là encore, le législateur a prévu que des travailleurs placés dans une situation équivalente – la participation à une élection – doivent bénéficier de droits équivalents, quelle que soit la nature juridique de leur employeur et du lien qui les unit à eux.

Un autre exemple de lissage des droits applicables aux agents des collectivités territoriales et aux salariés concerne les agents involontairement privés d'emploi, qui peuvent

⁸¹⁴ Article L3221-2 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2007 (Ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative). *JORF*, 13 mars 2007, n°61, p. 4740). Ces dispositions étaient autrefois codifiées au sein de l'article L140-2 du code du travail.

⁸¹⁵ Article L3221-5 du code du travail.

⁸¹⁶ Article L3142-79 du code du travail.

⁸¹⁷ Article L3142-87 du code du travail.

⁸¹⁸ Article L3142-80 du code du travail.

⁸¹⁹ Article L3142-81 du code du travail.

⁸²⁰ Article L3142-83 du code du travail.

⁸²¹ Article L3142-84 du code du travail.

⁸²² Article L3142-85 alinéas 1 et 2 du code du travail.

⁸²³ Article L3142-85 alinéas 3 et 4 du code du travail.

prétendre au bénéfice d'une « allocation d'assurance⁸²⁴ ». La notion de perte involontaire d'emploi ne se limite pas « au licenciement proprement dit. Elle concerne toutes les formes de perte d'emploi qui ne résultent pas de la volonté manifeste de l'agent. Le caractère volontaire ou involontaire du chômage est donc, en premier lieu, déterminé en fonction de l'auteur de la rupture du contrat de travail. Si elle incombe à l'employeur, le chômage est toujours considéré comme involontaire⁸²⁵ ». Ainsi, à titre d'exemple, sont considérés comme une perte involontaire d'emploi, pour les agents titulaires, le licenciement pour insuffisance professionnelle après titularisation⁸²⁶ ou à l'issue du stage⁸²⁷, pour motif disciplinaire⁸²⁸ ou pour inaptitude physique⁸²⁹, la radiation d'office des cadres suite à une condamnation pénale le privant de ses droits civiques⁸³⁰, l'absence de réintégration au terme d'un détachement⁸³¹, ou au terme⁸³² ou avant la fin⁸³³ d'une disponibilité, la démission légitime⁸³⁴ ou encore suite à une

⁸²⁴ En ce sens, voir l'article L5424-1 du code du travail.

⁸²⁵ Circulaire DGEFP/DGAFP/DGCL/DGOS/Direction du budget du 21 février 2011 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public. NOR : BCRF1033362C.

⁸²⁶ Ibidem, p. 6 : « le licenciement pour insuffisance professionnelle d'un fonctionnaire ouvre droit au versement de l'allocation chômage ».

⁸²⁷ Décret n°92-1194 du 4 novembre 1992 fixant les dispositions communes applicables aux fonctionnaires stagiaires de la fonction publique territoriale. *JORF*, 8 novembre 1992, n°261, p. 15454. Article 17 : « Le fonctionnaire territorial stagiaire qui perd involontairement son emploi perçoit à ce titre, et s'il remplit les conditions d'octroi, les allocations d'assurance dans les conditions prévues à l'article L. 351-3 du code du travail, en application de l'article L. 351-12 du même code ».

⁸²⁸ À titre d'illustration, voir notamment : CE, 25 janvier 1991, *Ville de Marseille*, n°97015.

⁸²⁹ Circulaire DGEFP/DGAFP/DGCL/DGOS/Direction du budget du 21 février 2011 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public. NOR : BCRF1033362C. p. 7 : « Le licenciement après épuisement des droits à congé maladie et en l'absence de reclassement doit être, en principe, considéré comme une perte involontaire d'emploi. Toutefois, pour bénéficier des allocations chômage, l'agent doit remplir certaines conditions, notamment d'aptitude au travail. En effet, l'article 4-d) du règlement annexé à la convention du 19 février 2009 relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage prévoit une condition d'aptitude physique à exercer un emploi. L'agent peut, cependant, éventuellement bénéficier des allocations de chômage. Les conditions d'octroi et de cumul des allocations chômage avec une pension d'invalidité diffèrent selon la catégorie d'invalidité dont relève l'intéressé ».

⁸³⁰ À titre d'illustration, voir notamment : CE, 21 juin 2006, *Commune de la Faute-sur-Mer*, n°269880.

⁸³¹ À titre d'illustration, concernant une administration qui refuse la réintégration de l'agent au terme d'un détachement : CE, 5 mai 1995, *Centre hospitalier intercommunal de Fréjus-Saint-Raphael*, n°149948. Ou encore : CE, 17 novembre 2008, *Centre hospitalier intercommunal Robert Ballanger*, n°306670.

⁸³² Concernant l'absence de réintégration au terme d'une disponibilité, voir notamment, à titre d'exemple : CE, 10 juin 1992, *Bureau d'aide sociale de Paris contre Mlle Huet*, n°108610. Ou encore : CE, 30 septembre 2002, *Maison de retraite de Gorze*, n°216912.

⁸³³ Concernant l'absence de réintégration avant le terme d'une disponibilité, voir notamment, à titre d'exemple : CE, 14 octobre 2005, *Hôpitaux de Saint Denis*, n°248705.

⁸³⁴ Concernant des cas où la démission a été reconnue légitime et a donc été considérée comme une perte involontaire d'emploi : CE, 25 septembre 1996, *Commune d'Asnières-sur-Seine*, n°135197 ; CE, 8 juin 2001, *Commune de Creutzwald*, n°181603 ; CE, 1^{er} octobre 2001, *Commune de Bouc-Bel-Air*, n°215499.

suppression d'emploi⁸³⁵. Au contraire, ne peuvent être considérés pour les agents titulaires comme une perte involontaire d'emploi l'abandon de poste⁸³⁶, l'exclusion temporaire de fonctions⁸³⁷ ou encore la mise à la retraite⁸³⁸. Pour les agents non titulaires, sont notamment considérés comme une perte involontaire d'emploi l'échéance du contrat⁸³⁹ ou encore le licenciement⁸⁴⁰. Dès lors qu'un agent public perd involontairement son emploi, il a donc droit tout comme le salarié relevant du droit privé à un revenu de remplacement. La seule spécificité du régime applicable aux administrations territoriales est qu'elles assurent elles-mêmes la charge et la gestion du versement de l'allocation d'assurance, sauf convention d'assurance particulière⁸⁴¹. En tout état de cause, il s'agit là encore d'un cas où le législateur a entendu faire bénéficier à l'ensemble des travailleurs des droits équivalents, quelle que soit la nature du lien juridique les unissant à leur employeur.

⁸³⁵ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 97 III : suite à la suppression de son emploi, « après trois refus d'offre d'emploi correspondant à son grade, à temps complet ou à temps non complet selon la nature de l'emploi d'origine, transmise par une collectivité ou un établissement au Centre national de la fonction publique territoriale ou au centre de gestion, le fonctionnaire est licencié ou, lorsqu'il peut bénéficier de la jouissance immédiate de ses droits à pension, admis à faire valoir ses droits à la retraite (...) En cas de licenciement, les allocations prévues par l'article L. 351-12 du code du travail sont versées par le Centre national de la fonction publique territoriale ou par le centre de gestion et sont remboursées par la collectivité ou l'établissement qui employait le fonctionnaire antérieurement ».

⁸³⁶ En ce sens, et à titre d'illustration : CE, 24 juin 1988, *Cazelles*, n°73094 ; CAA Nancy, 17 juin 2003, *Commune de Metz*, n°98NC00368.

⁸³⁷ Le Conseil d'État considère en effet qu'au terme de la suspension, l'agent retrouve obligatoirement ses fonctions. Il ne peut dès lors s'agir d'une perte d'emploi. En ce sens, et à titre d'illustration, voir : CE, 29 janvier 2003, *CHU de Montpellier*, n°227770.

⁸³⁸ Circulaire DGEFP/DGAFP/DGCL/DGOS/Direction du budget du 21 février 2011 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public. NOR : BCRF1033362C. p. 13 : « La mise à la retraite ne constitue pas un cas de perte involontaire d'emploi. Aussi dès l'instant où l'agent n'a pas subi de perte involontaire d'emploi avant sa demande de placement en retraite ou n'a pas travaillé depuis sa mise à la retraite et connu de perte involontaire d'emploi, l'intéressé ne peut pas bénéficier de l'allocation chômage ».

⁸³⁹ *Ibidem* : « Il y a lieu de considérer que, dès l'instant où le contrat arrive à son terme, il s'agit d'un cas de perte involontaire d'emploi ouvrant droit au bénéfice des allocations chômage ».

⁸⁴⁰ *Ibidem* : « Tous les cas de licenciement ouvrent droit au bénéfice des allocations chômage, qu'il s'agisse d'un licenciement dans l'intérêt du service, pour insuffisance professionnelle, d'un licenciement intervenant à titre de sanction disciplinaire, en raison d'une des pertes de condition de nomination entraînant la radiation ou pour inaptitude physique ».

⁸⁴¹ Cette particularité est prévue par les dispositions de l'article L5424-2 alinéa 1^{er} du code du travail : « Les employeurs mentionnés à l'article L. 5424-1 assurent la charge et la gestion de l'allocation d'assurance. Ceux-ci peuvent, par convention conclue avec l'institution mentionnée à l'article L. 5312-1, pour le compte de l'organisme mentionné à l'article L. 5427-1, lui confier cette gestion ».

Au travers de ces quelques exemples, nous avons donc pu constater que des travailleurs, placés dans une situation équivalente, sont susceptibles de bénéficier de droits similaires nonobstant la différence du régime juridique du lien les unissant à leur employeur. Ce faisant le législateur a considéré que certains droits fondamentaux devaient être garantis à l'ensemble des actifs, lissant de fait les différences entre le droit de l'emploi public administratif et le droit privé du travail.

Également, nous noterons une uniformisation, par le législateur, de certains droits liés au déroulement de la relation de travail.

B. Une uniformisation du droit applicable en matière d'hygiène, de sécurité et de médecine préventive, de formation professionnelle et de temps de travail :

Le législateur a également entendu atténuer les différences pouvant exister entre agents publics et salariés en matière d'hygiène, de sécurité et de médecine préventive, de formation professionnelle et de temps de travail.

Les conditions d'hygiène, de sécurité et de médecine préventive sont similaires entre salariés relevant du droit privé et agents publics administratifs des administrations territoriales. L'article 108-1 du statut de la fonction publique territoriale précise en effet que « *les règles applicables en matière d'hygiène et de sécurité sont celles définies par les livres Ier à V de la quatrième partie du code du travail et par les décrets pris pour leur application, ainsi que par l'article L. 717-9 du code rural et de la pêche maritime*⁸⁴² ». Ainsi, les dispositions du code du travail relatives au droit d'alerte et de retrait⁸⁴³, à l'information et à la formation des travailleurs⁸⁴⁴, aux femmes enceintes⁸⁴⁵, aux jeunes travailleurs⁸⁴⁶ et aux bénéficiaires d'un contrat de travail à durée déterminée⁸⁴⁷ sont applicables aux agents des

⁸⁴² Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 108-1.

⁸⁴³ Articles L4131-1 et suivants du code du travail.

⁸⁴⁴ Articles L4141-1 et suivants du code du travail.

⁸⁴⁵ Articles L4152-1 et suivants du code du travail.

⁸⁴⁶ Articles L4153-1 et suivants du code du travail.

⁸⁴⁷ Articles L4154-1 et suivant du code du travail.

services publics administratifs territoriaux. Au surplus, les principes généraux relatifs à la sécurité et à la protection de la santé physique et mentale des travailleurs sont également identiques pour les salariés et les agents publics des administrations territoriales. Cela est vrai tant concernant les obligations de l'employeur⁸⁴⁸ que celles incombant aux agents et salariés⁸⁴⁹. Cette unification des dispositions applicables en matière d'hygiène, de sécurité et de santé au travail est particulièrement bienvenue. Il serait en effet particulièrement étonnant de considérer que de tels droits fondamentaux soient différents selon la nature du lien juridique unissant l'employeur à son préposé. Toujours est-il qu'en procédant de la sorte, le législateur a implicitement admis que l'état minimum de droit auquel la société était parvenue était constitué par les dispositions du code du travail. Une seule réserve mérite cependant d'être émise. En effet, les sanctions pénales préventives prévues par le code du travail en cas de manquement aux règles d'hygiène, de sécurité et de médecine préventive sont prévues par le livre 7 de la quatrième partie du code du travail. Ces sanctions ne peuvent dès lors pas être infligées aux employeurs territoriaux qui ne respecteraient pas les prescriptions du code du travail. Cette lacune est condamnable, en ce qu'elle n'incite pas les employeurs territoriaux à veiller scrupuleusement aux respects des principes d'hygiène, de sécurité et de médecine préventive édictés par le code du travail.

Un autre pan du droit a également donné lieu à une uniformisation entre l'ensemble des secteurs d'activité, publics ou privés. Il s'agit du droit à la formation professionnelle continue, dont l'étendue est précisée au sein de l'article L6111-1 du code du travail : « *la formation professionnelle tout au long de la vie constitue une obligation nationale. Elle vise à permettre à chaque personne, indépendamment de son statut, d'acquérir et d'actualiser des connaissances et des compétences favorisant son évolution professionnelle, ainsi que de progresser d'au moins un niveau de qualification au cours de sa vie professionnelle*⁸⁵⁰ ». Ainsi, par la loi n°2004-391 du 4 mai 2004⁸⁵¹, le législateur a créé le droit individuel à la formation (DIF) destiné à permettre la mise en œuvre des actions de formation continue. Ce dispositif, initialement réservé aux salariés relevant du droit privé, a été étendu aux agents des

⁸⁴⁸ Article L4121-1 et suivants du code du travail.

⁸⁴⁹ Article L4122-1 et suivants du code du travail.

⁸⁵⁰ Article L6111-1 du code du travail.

⁸⁵¹ 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.

administrations territoriales par la loi n°2007-209 du 19 février 2007⁸⁵² et le décret n°2007-1845 du 26 décembre 2007⁸⁵³. Il a toutefois été remplacé depuis le 1^{er} janvier 2015, pour les salariés relevant du droit privé, par le compte personnel de formation (CPF)⁸⁵⁴ dont l'application a été étendue aux agents publics par l'ordonnance n°2017-53 du 19 janvier 2017⁸⁵⁵.

Au titre de l'uniformisation des conditions de travail entre agents publics et salariés, il convient également de noter que tous sont désormais soumis à la même durée hebdomadaire de travail. Par la loi n°98-461 du 13 juin 1998⁸⁵⁶, et notamment son article 1^{er}, la durée hebdomadaire de travail effectif des salariés a été portée à 35 heures. Concernant les agents publics territoriaux, la loi n°2001-2 du 3 janvier 2001⁸⁵⁷ a inséré un nouvel article 7-1 au sein de la loi n°84-53 portant dispositions statutaires à la fonction publique territoriale, qui prévoit que « *les règles relatives à la définition, à la durée et à l'aménagement du temps de travail des agents (...) sont fixées par la collectivité ou l'établissement, dans les limites applicables aux agents de l'État, en tenant compte de la spécificité des missions exercées par ces collectivités ou établissements*⁸⁵⁸ ». Il convient dès lors de se référer aux dispositions applicables à la fonction publique d'État. Ainsi, l'article 1^{er} du décret n°2000-815 du 25 août 2000 précise que : « *la durée du travail effectif est fixée à trente-cinq heures par semaine*⁸⁵⁹ ».

⁸⁵² Loi n°2007-209 du 19 février 2007 relative à la fonction publique territoriale. *JORF*, 21 février 2007, n°44, p. 3041.

⁸⁵³ Décret n°2007-1845 du 26 décembre 2007 relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie des agents de la fonction publique territoriale. *JORF*, 29 décembre 2007, n°0302, texte n°22.

⁸⁵⁴ Le compte personnel de formation a été créé par la loi n°2014-288 du 5 mars 2014 (Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale. *JORF*, 6 mars 2014, n°0055, p. 4848) ; le décret d'application de cette loi a été adopté le 2 octobre 2014 (Décret n°2014-1120 du 2 octobre 2014 relatif aux modalités d'alimentation et de mobilisation du compte personnel de formation. *JORF*, 4 octobre 2014, n°0230, p. 16192).

⁸⁵⁵ Ordonnance n°2017-53 du 19 janvier 2017 portant diverses dispositions relatives au compte personnel d'activité, à la formation et à la santé et la sécurité au travail dans la fonction publique. *JORF*, 20 janvier 2017, n°0017, texte n°43.

⁸⁵⁶ Loi n°98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. *JORF*, 14 juin 1998, n°136, p. 9029.

⁸⁵⁷ 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.

⁸⁵⁸ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 7-1, alinéa 1^{er}.

⁸⁵⁹ Décret n°2000-815 du 25 août 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'État. *JORF*, 29 août 2000, n°199, p. 13301. L'article 1^{er} de ce décret, dans sa rédaction initiale, précise que : « *La durée du travail effectif est fixée à trente-cinq heures par semaine dans les services et établissements publics administratifs de l'État ainsi que dans les établissements publics locaux d'enseignement. / Le décompte du temps de travail est réalisé sur la base d'une durée annuelle de travail effectif de 1 600 heures*

Là encore, on observe une péréquation entre les conditions de travail des salariés et des agents publics territoriaux. Il convient par ailleurs de noter qu'avant l'intervention de la loi du 3 janvier 2001, de nombreuses administrations territoriales avaient déjà négocié des accords prévoyant une durée de travail inférieure aux 35 heures hebdomadaires, qui ont pu être maintenus en vigueur en application de cette même loi⁸⁶⁰. Toutefois, les délibérations postérieures à l'adoption de la loi du 3 janvier 2001, fixant une durée de travail inférieure au minimum légal, ont été censurées par le juge administratif⁸⁶¹.

Au travers de ces quelques exemples, nous avons donc pu constater que le législateur, outre le juge administratif, a lui aussi contribué à lisser la situation des agents publics et des salariés, qu'il s'agisse des droits leur étant accordés à titre individuel, ou des droits collectifs liés au déroulement de la relation de travail.

L'action combinée du juge et du législateur a donc eu pour effet d'uniformiser certains aspects du droit de l'emploi public administratif avec ses pendants issus du droit privé du travail.

Une telle uniformisation a – à notre sens – été implicitement confirmée par le Conseil d'État à l'occasion d'un avis rendu le 8 novembre 2000⁸⁶². En l'espèce⁸⁶³, un candidat

maximum, sans préjudice des heures supplémentaires susceptibles d'être effectuées. / Cette durée annuelle peut être réduite, par arrêté du ministre intéressé, du ministre chargé de la fonction publique et du ministre chargé du budget, pris après avis du comité technique paritaire ministériel, et le cas échéant du comité d'hygiène et de sécurité, pour tenir compte des sujétions liées à la nature des missions et à la définition des cycles de travail qui en résultent, et notamment en cas de travail de nuit, de travail le dimanche, de travail en horaires décalés, de travail en équipes, de modulation importante du cycle de travail, ou de travaux pénibles ou dangereux ».

⁸⁶⁰ 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. L'article 21 de cette loi précise ainsi, au second alinéa du nouvel article 7-1 de la loi n°84-53 qu'elle crée, que : « *Les régimes de travail mis en place antérieurement à l'entrée en vigueur de la 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 peuvent être maintenus en application par décision expresse de l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement prise après avis du comité technique paritaire, sauf s'ils comportent des dispositions contraires aux garanties minimales applicables en matière de durée et d'aménagement du temps de travail* ».

⁸⁶¹ En ce sens, et à titre d'illustration, voir notamment : CE, 9 octobre 2002, *Féd. nat. Intercos CFDT et Synd. CFDT Intercos Pyrénées-Atlantiques*, n°238461. *AJFP*, 2003, n°1, p. 17. Ou encore : TA Paris, 26 juin 2003, *Préfet Hauts-de-Seine*, n°0203886-5. *AJFP*, 2004, p. 132.

⁸⁶² CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n°222208. *CJEG*, 2001, 58, note M. Degoffe, J.-D. Dreyfus.

malheureux à l'attribution d'un marché public a contesté sa dévolution à un établissement public administratif. Le Conseil d'État, saisi pour avis par le Tribunal Administratif de Dijon, a considéré que « *les agents des établissements publics administratifs qui, lorsqu'ils sont, comme c'est le cas en principe, des agents publics, sont soumis, en ce qui concerne le droit du travail et de la sécurité sociale, à une législation pour partie différente de celle applicable aux salariés de droit privé. Toutefois, les différences qui existent en cette matière n'ont ni pour objet ni pour effet de placer les établissements publics administratifs dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées* ». Ce faisant, le Conseil d'État a donc implicitement affirmé que les différences entre les régimes applicables aux agents publics et aux salariés relevant du droit privé n'étaient pas suffisantes pour « *fausser la concurrence entre ces établissements et ces entreprises lors de l'obtention d'un marché public ou d'une délégation de service public* ». Les différences entre ces deux régimes juridiques, si elles existent et sont reconnues par le Conseil d'État, ne sont donc pas suffisantes pour fausser le jeu de la concurrence. Il s'agit donc là, à notre sens, d'une reconnaissance implicite et indirecte de la réalité de la travaillisation du droit de l'emploi public administratif.

En tout état de cause, le juge et le législateur n'ont rendu que plus probable encore notre hypothèse d'une privatisation de l'ensemble de l'emploi public administratif territorial.

CONCLUSION :

Nous avons évoqué, au sein de ce premier chapitre, en quoi une éventuelle privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial serait envisageable. D'une part, la transition d'un régime relevant du droit de l'emploi public administratif vers un régime uniquement soumis au droit privé du travail est conforme à la conception européenne des emplois publics et a déjà été menée avec succès au sein du secteur des postes et télécommunications. D'autre part, la perte de spécificité de certains aspects du droit de l'emploi public administratif faciliterait une telle privatisation des relations de travail.

⁸⁶³ Le jugement rendu par le Tribunal Administratif de Dijon, suite à l'avis rendu par le Conseil d'État, récapitule les faits à l'origine de ce litige (TA Dijon, 20 février 2003, *Société Jean Louis BERNARD Consultants contre District de l'Agglomération Dijonnaise*, n°99245. RDI, 2003, p. 462, note J-L. Dreyfus).

Toutefois, et malgré cet exposé, il convient de noter que de nombreux obstacles ne manqueraient pas de se présenter à l'occasion d'une telle transition. Ces obstacles, que nous évoquerons au sein du chapitre suivant, nous poussent à considérer qu'une telle privatisation demeure improbable.

CHAPITRE 2

LE CONTRAT, OUTIL

D'UNE PRIVATISATION IMPROBABLE

Des obstacles particulièrement importants ne manquent pas de s'opposer à notre hypothèse de privatisation de l'emploi public administratif territorial. Ainsi, et dans un premier temps, certains particularismes de l'emploi public administratif territorial se révèlent incompatibles avec une application directe du droit privé du travail qui entraînerait des effets délétères tant pour les employeurs publics que pour leurs agents (SECTION I). Afin d'éviter de tels effets qui pourraient conduire à la paralysie de l'action administrative le droit privé nécessiterait de nombreux aménagements. Or, dans un tel cas de figure, il serait nécessaire d'adopter un régime dérogatoire du droit commun sur de nombreux aspects. Cela diminuerait irrémédiablement l'intérêt de la privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif ici conjecturée, puisque cela aboutirait à créer un nouveau droit, ni totalement privé, ni totalement public. L'échec de la privatisation du régime juridique de l'emploi public italien mérite, dans ce contexte, toute notre attention. Force est en effet de « *de constater les nombreuses similarités historiques des systèmes juridiques français et italien, issus d'une même tradition de droit romain. De plus, les réformes déjà entrées en vigueur ou envisagées en matière d'emploi public des deux côtés des Alpes, ont été présentées comme s'inspirant du modèle voisin*⁸⁶⁴ ». L'étude de ce précédent italien confirmera le caractère improbable de notre hypothèse (SECTION II).

Tous ces éléments nous amèneront donc à considérer que bien qu'envisageable, la privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial – et donc l'abandon pur et simple du droit de l'emploi public administratif territorial – est hautement improbable.

⁸⁶⁴ FRUGIS Maurizio. « Le modèle italien de la fonction publique ». *RLCT*, 2012, n°81, pp. 88–92. p. 88.

SECTION I - L'impossible application directe du droit commun du travail à l'emploi public administratif territorial :

Nous avons précédemment évoqué la « *travaillisation*⁸⁶⁵ » du droit de l'emploi public administratif, sa progressive « *hybridation*⁸⁶⁶ » avec le droit privé et constaté l'existence d'un « *phénomène assez large qui contribue à aplanir les différences existant entre les différentes catégories juridiques*⁸⁶⁷ ». Toutefois, malgré l'ampleur et l'étendue de ce phénomène, il n'en demeure pas moins parcellaire, limité à la reconnaissance de quelques principes fondamentaux qui ne sauraient être différents entre les secteurs publics et privés. De nombreuses différences persistent en effet entre droit de l'emploi public administratif et droit privé du travail, raison pour laquelle le droit commun du travail ne saurait à lui seul régir l'emploi public administratif territorial. Les spécificités du droit de l'emploi public administratif sont justement ce qui permet le fonctionnement normal des administrations. Dès lors, ces spécificités, si elles étaient remises en cause, pourraient entraîner de nombreux effets délétères. Ces effets seraient ressentis, comme nous le verrons, tant du point de vue des employeurs territoriaux (§1) que de leurs agents (§2).

§1 – Les effets délétères pour les employeurs territoriaux d'une application directe du droit commun du travail à l'emploi public administratif territorial :

Une privatisation globale du régime juridique de l'emploi public administratif territorial pourrait produire de nombreux effets délétères pour les employeurs territoriaux. Le droit commun du travail, appliqué directement et sans aménagement aux administrations territoriales, pourrait en effet gravement perturber leur fonctionnement normal. Il convient immédiatement de noter que les dispositions ici présentées comme en faveur des employeurs territoriaux peuvent corrélativement constituer des inconvénients pour leurs agents ; le but de nos propos n'est pas de critiquer la pertinence de telle ou telle disposition, mais uniquement

⁸⁶⁵ TOUZEIL-DIVINA Mathieu. « « Travaillisation » ou « privatisation » des fonctions publiques ? ». *AJFP*, 2010, p. 228.

⁸⁶⁶ SWEENEY Morgan. « Droit du travail et des fonctions publiques : vers une hybridation ? ». *RLCT*, 2012, n°81, pp. 77-81.

⁸⁶⁷ CAILLOSSE Jacques. « Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ? ». *Rev. Adm.*, 2002, p. 351.

de nous attarder sur les entraves que constituerait une éventuelle privatisation de l'emploi public administratif territorial.

Afin d'illustrer ce propos, il est possible d'envisager trois principaux cas dans lesquels le droit commun du travail ne permettrait que très difficilement de répondre aux besoins des administrations territoriales. Ainsi, en premier lieu, les administrations territoriales perdraient une grande part de la flexibilité qui leur est aujourd'hui offerte en matière de recrutements temporaires : le droit privé du travail s'avère en effet bien plus contraignant sur ce point que ne l'est le droit de l'emploi public administratif (A). Nous évoquerons, pour qualifier ces recrutements temporaires, l'expression travail à durée déterminée, empruntée au droit européen, qui définit le travailleur à durée déterminée comme « *une personne ayant un contrat ou une relation de travail à durée déterminée conclu directement entre l'employeur et le travailleur où la fin du contrat ou de la relation de travail est déterminée par des conditions objectives telles que l'atteinte d'une date précise, l'achèvement d'une tâche déterminée ou la survenance d'un événement déterminé*⁸⁶⁸ ». En second lieu, le pouvoir de direction de l'employeur public serait très fortement réduit (B). Enfin, en troisième lieu, les exigences des employeurs publics vis-à-vis de leurs agents seraient également limitées (C).

A. La perte de la flexibilité liée au travail public à durée déterminée :

Comme nous l'avons déjà évoqué, le travail à durée déterminée est particulièrement important au sein de l'emploi public administratif territorial. Du point de vue de l'employeur, le droit public est sur ce point beaucoup plus souple que ne l'est le droit privé.

Le coût du travail à durée déterminée est, en matière publique, bien inférieur qu'en matière privée, et ce notamment en raison de l'absence de toute indemnité de fin de contrat⁸⁶⁹.

⁸⁶⁸ En ce sens, voir notamment : Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée. *JOCE*, 10 juillet 1999, n°L175, p. 43. La définition ici citée est issue de la clause n°3 de l'accord annexé à la directive.

⁸⁶⁹ Concernant l'absence d'indemnité de fin de contrat, nous ne pouvons que renvoyer aux développements ultérieurs. Concernant, plus généralement, la différence entre le coût du travail privé et le coût du travail public, nous ne pouvons que déplorer l'absence de toute étude concernant spécifiquement la fonction publique territoriale. Cela s'explique certainement par les multiples conventions collectives applicables dans le secteur privé qui ne manquent pas d'en complexifier la compréhension. En tout état de cause, une étude particulièrement intéressante a été diligentée par deux inspecteurs de l'Inspection Générale des Affaires Sociales (IGAS) en matière de fonction publique hospitalière (BARTOLI Fabienne, BRAS Pierre-Louis. *Tarifcation à l'activité et écarts de coûts du travail entre les établissements publics et PSPH*. La documentation française : mars 2007 [EN

Cette différence ne manquerait pas de poser problème en cas de privatisation de l'emploi public administratif territorial, puisque cela reviendrait à créer de nouvelles charges de fonctionnement pour des collectivités territoriales aujourd'hui déjà au bord de l'asphyxie financière⁸⁷⁰ (1). De plus, il n'existe en droit privé aucune possibilité de recourir à des vacataires (2). Enfin, les emplois fonctionnels, par principe occupés pour une durée déterminée en raison de leur proximité avec le monde politique, ne trouvent aucun équivalent en matière de droit privé (3).

Certes, il convient de limiter la portée des effets de cette perte de flexibilité, puisqu'une privatisation de l'emploi public administratif territorial engendrerait de fait une profonde remise en cause de la gestion des ressources humaines publiques. Néanmoins, il n'en demeure pas moins que le recours au travail à durée déterminée resterait une nécessité pour les administrations territoriales soucieuses d'assurer le fonctionnement normal de leurs services, par exemple pour assurer le remplacement d'un agent malade ou en cas de surcroît temporaire d'activité ou même concernant les emplois fonctionnels.

En tout état de cause, la perte de flexibilité liée au recours au travail à durée déterminée qu'induirait la privatisation de l'emploi public administratif territorial ne manquerait pas de perturber le fonctionnement normal des administrations territoriales.

LIGNE] Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000364.pdf> (consulté le 28 mars 2016). Le rapport visait à comparer le coût du travail au sein des hôpitaux publics et des établissements privés à but non lucratif participant au service public hospitalier (PSPH). L'idée était de déterminer si la tarification à l'acte, qui a remplacé au début du siècle les dotations globales, permettait de compenser équitablement les coûts engendrés par ces deux types de structures. L'étude est particulièrement intéressante en ce qu'elle permet de comparer des situations analogues, la seule variable étant la nature juridique de l'employeur. Est ressortie de cette étude le constat selon lequel le coût du travail public est bien moins élevé que le coût du travail privé.

⁸⁷⁰ En ce sens, et à titre d'illustration, voir notamment : BRONDEL Séverine. « La situation financière des départements nécessite des mesures rapides ». *AJDA*, 2010, p. 868 : « *La situation financière des départements s'est beaucoup dégradée et risque encore d'empirer* » ; PASTOR Jean-Marc. « La nouvelle heure de la décentralisation ». *AJCT*, 2012, p. 273 : « *S'agissant du financement de l'investissement, [le Président de la République] souhaite voir consolider au plus vite le dispositif de prêt aux collectivités territoriales menacées d'asphyxie* » ; LAGUERRE Alain. « La recherche de financements mixtes pour la réalisation des équipements publics ». *AJCT*, 2012, p. 487 : « *Aujourd'hui, les difficultés financières auxquelles sont confrontées les collectivités publiques rendent plus nécessaire encore la recherche de moyens de financement alternatifs* » ; DE MONTECLER Marie-Christine. « Baisse de 4,5 milliards des dotations aux collectivités en 2014 et 2015 ». *Dalloz actualité*, 14 février 2013 ; DE MONTECLER Marie-Christine. « Baisse des dotations : les élus locaux ne se résignent pas ». *Dalloz actualité*, 21 juillet 2014.

1. La hausse du coût du travail à durée déterminée engendrée par la privatisation de l'emploi public administratif territorial :

La privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial engendrerait, pour les administrations territoriales qui souhaiteraient avoir recours à des salariés pour une durée déterminée, une hausse manifeste du coût de ces emplois. Le code du travail – aux termes duquel le contrat de travail à durée indéterminée est la norme – dissuade en effet les employeurs de recourir aux contrats à durée déterminée en prévoyant diverses mesures visant à en augmenter le coût.

Ainsi, il convient en premier lieu d'évoquer l'indemnité de fin de contrat – aussi appelée prime de précarité. L'article L1243-8 du code du travail prévoit, pour les salariés, que « *lorsque, à l'issue d'un contrat de travail à durée déterminée, les relations contractuelles de travail ne se poursuivent pas par un contrat à durée indéterminée, le salarié a droit, à titre de complément de salaire, à une indemnité de fin de contrat destinée à compenser la précarité de sa situation*⁸⁷¹ ». Cette indemnité, instaurée par l'ordonnance du 5 février 1982⁸⁷², a vocation à compenser la flexibilité offerte aux employeurs privés par le recours au contrat à durée déterminée. Une telle sanction financière constitue également un moyen pour le législateur d'affirmer à nouveau « *le principe selon lequel le contrat de travail de droit commun est le contrat à durée indéterminée*⁸⁷³ ». Le calcul de cette indemnité dépend de la durée du contrat et de la rémunération y afférant : l'indemnité de fin de contrat est aujourd'hui égale à 10% de la rémunération totale brute versée au salarié durant l'ensemble de son engagement à durée déterminée⁸⁷⁴, et doit être versée par l'employeur à l'occasion du dernier salaire⁸⁷⁵. Tous les recrutements à durée déterminée ne sont cependant pas concernés par le versement d'une telle indemnité. Sont en effet exclus de ce dispositif le travail saisonnier ou par nature temporaire, le travail ayant donné lieu à l'octroi d'une formation, le contrat conclu

⁸⁷¹ Article L1243-8 alinéa 1^{er} du code du travail.

⁸⁷² Ordonnance n°82-130 du 5 février 1982 modifiant les dispositions du code du travail relatives au contrat de travail à durée déterminée ainsi qu'à certaines dispositions du code civil. *JORF*, 6 février 1982, p. 482.

⁸⁷³ Ibidem.

⁸⁷⁴ Concernant l'évolution du montant de cette indemnité, voir notamment : ROY-LOUSTAUNAU Claude. « La lutte contre la précarité des emplois : une réforme du CDD, discrète mais non sans importance ». *Dr. Soc.*, 2002, p. 304.

⁸⁷⁵ Article L1243-8 alinéa 3 du code du travail.

avec un jeune pour une période comprise dans ses vacances scolaires ou universitaires, lorsque le salarié refuse d'accepter la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée pour occuper le même emploi ou un emploi similaire, assorti d'une rémunération au moins équivalente ou encore en cas de rupture anticipée du contrat due à l'initiative du salarié, à sa faute grave ou à un cas de force majeure⁸⁷⁶. Le recrutement à durée déterminée représente donc un coût conséquent pour les employeurs privés qui doivent s'acquitter, à l'issue du contrat, d'une telle indemnité.

Qu'en est-il en matière publique ? Le Conseil d'État a déjà eu l'occasion d'affirmer⁸⁷⁷ que « *les dispositions du code du travail qui imposent, sous certaines conditions, le versement d'un complément de salaire au terme d'un contrat à durée déterminée* » ne sauraient être appliquées en matière d'emploi public administratif, puisque « *ni le décret du 15 février 1988 relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale, ni aucune 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* ». Par conséquent, en matière d'emploi public administratif territorial, aucune indemnité de quelque nature que ce soit⁸⁷⁸ n'est versée à l'agent dont le contrat arrive à échéance.

Il y a donc, sur ce point, une divergence fondamentale entre le droit de l'emploi public administratif et le droit privé du travail. Une application stricto-sensu du droit du travail aux administrations territoriales engendrerait pour elles une hausse manifeste de leurs dépenses de fonctionnement puisqu'elles s'exposeraient au paiement d'une indemnité de précarité qu'elles n'ont pour l'heure pas à supporter. Certes, il est immédiatement possible d'objecter qu'il ne s'agit là que d'une disposition législative dont la modification serait particulièrement aisée. Pourtant, d'un point de vue pratique, comment justifier une privatisation qui ne serait que partielle, limitée aux seuls avantages tirés par l'employeur ? Cela paraît tout à fait improbable. Déjà, d'un strict point de vue politique et électoral, nous avons déjà évoqué la complexité

⁸⁷⁶ Article L1243-10 du code du travail.

⁸⁷⁷ En ce sens, voir notamment : CE, 13 janvier 1995, *M. Granero*, n°147235.

⁸⁷⁸ À ce titre, et afin d'être parfaitement complet, il convient de préciser que le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée arrivé à échéance n'ouvre pas non plus droit au versement d'une indemnité de licenciement. À titre d'illustration nous renverrons aux nombreux arrêts signalés par Monsieur le Professeur MEKHANTAR (MEKHANTAR Joël. « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques ». *AJFP*, 2000, n°6, p. 21) : CAA Bordeaux, 25 juin 1991, *M. Amor Daklhi*, n°89BX01770 ; CAA Nancy, 10 février 1994, *Syndicat intercommunal de l'Opéra du Rhin contre Mme Bierck-Briot*, n°92NC00601 ; CAA Nancy, 10 octobre 1996, *Mme Wurtz-Clementz*, n°94NC00628 ; CAA Paris, 9 mars 1999, *M. Dubois*, n°97PA00356.

d'une telle réforme. Si, au surplus, il est envisagé de refuser la mise en œuvre des dispositions favorables aux agents, l'opération deviendrait impossible.

Une remarque identique peut être faite concernant le paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés à l'issue d'un engagement. L'article L3141-28 du code du travail précise que « *lorsque le contrat de travail est rompu avant que le salarié ait pu bénéficier de la totalité du congé auquel il avait droit, il reçoit, pour la fraction de congé dont il n'a pas bénéficié, une indemnité compensatrice de congé*⁸⁷⁹ ».

En droit public, le régime applicable est tout à fait différent. Tout d'abord, le Conseil d'État a affirmé que lorsque l'agent est lié « *à l'administration par un lien de droit public, [il] n'entre pas dans le champ d'application des dispositions du code du travail relatives aux congés payés*⁸⁸⁰ ». Fort logiquement, et sur cette base, « *les agents [publics] ne sauraient invoquer les dispositions (...) du Code du travail pour prétendre au bénéfice d'une indemnité compensatrice de congé*⁸⁸¹ ». La jurisprudence administrative a sur ce point été abondante et constante⁸⁸². Les textes ont cependant légèrement évolué sur cette question. Ainsi, concernant les agents non titulaires⁸⁸³, le décret n°98-1106 du 8 décembre 1998⁸⁸⁴ a précisé que « *à la fin d'un contrat à durée déterminée ou en cas de licenciement n'intervenant pas à titre de*

⁸⁷⁹ Article L3141-28 alinéa 1^{er} du code du travail.

⁸⁸⁰ CE, 21 octobre 1988, *Commissaire de la République du département de la Somme*, n°64049 (arrêt signalé par Monsieur le Professeur MEKHANTAR : MEKHANTAR Joël. « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques ». *AJFP*, 2000, n°6, p. 21).

⁸⁸¹ CE, 5 mai 1997, *Mme Sacchiero*, n°150174 : « *les agents non titulaires ne sauraient invoquer les dispositions (...) du code du travail pour prétendre au bénéfice d'une indemnité compensatrice de congé ; [Au surplus,] aucun principe général du droit ne reconnaît à l'ensemble des agents publics non titulaires le droit au bénéfice d'une telle indemnité* » (arrêt également signalé par Monsieur le Professeur MEKHANTAR, précité).

⁸⁸² À titre d'illustration, nous renverrons une nouvelle fois vers les nombreux arrêts signalés par Monsieur le Professeur MEKHANTAR au sein de son article précité. À titre d'illustration, nous retiendrons : CE, 28 avril 1989, *Duffaut contre Commune d'Avignon*, n°87045 et 87046. Ou encore : CAA Paris, 15 février 1996, *Mme Sib*, n°94PA00868.

⁸⁸³ Afin d'être parfaitement complet, il convient de noter qu'une telle affirmation est également valable pour les agents titulaires. Une seule dérogation est prévue : en cas de décès et uniquement pour les congés payés placés sur un compte épargne-temps (Décret n°2010-531 du 20 mai 2010 modifiant certaines dispositions relatives au compte épargne-temps dans la fonction publique territoriale. *JORF*, 22 mai 2010, n°0117, texte n°17. En ce sens, il convient de se référer aux dispositions de l'article 10 de ce décret, qui insère un article 10-1 au sein du décret n°2004-878 (Décret n°2004-878 du 26 août 2004 relatif au compte épargne-temps dans la fonction publique territoriale. *JORF*, 28 août 2004, n°200, p. 15442). Ce nouvel article est rédigé comme tel : « *En cas de décès de l'agent, les droits acquis au titre de son compte épargne-temps donnent lieu à une indemnisation de ses ayants droit* »).

⁸⁸⁴ Décret n°98-1106 du 8 décembre 1998 relatif à la protection sociale des fonctionnaires et des agents non titulaires de la fonction publique territoriale. *JORF*, 9 décembre 1998, n°285, p. 18533. Concernant l'indemnité compensatrice de congés payés, il convient de se référer aux dispositions de l'article 2 de ce décret.

*sanction disciplinaire, l'agent qui, du fait de l'administration, n'a pu bénéficier de tout ou partie de ses congés annuels a droit à une indemnité compensatrice*⁸⁸⁵ ». Une telle indemnité n'est due que si les congés payés n'ont pu être pris du fait de l'administration. L'agent qui souhaite se prévaloir d'une telle indemnité doit donc démontrer qu'il a accompli des démarches positives en vue de bénéficier de ses congés payés mais que l'administration lui en a refusé le bénéfice. Il s'agit d'une limite particulièrement importante, dont la portée a toutefois été modérée par le juge administratif. Celui-ci considère notamment que si l'impossibilité de prendre ces congés est causée par une maladie de l'agent, ce dernier a tout de même droit au versement d'une indemnité compensatrice⁸⁸⁶.

Il y a donc encore, sur ce point, une divergence importante entre les droits public et privé du travail. L'application du droit privé du travail contribuerait dès lors à accroître les charges de fonctionnement des administrations territoriales qui se verraient contraintes d'indemniser les congés annuels non pris par l'agent à l'issue de son engagement.

Par ailleurs, le risque pécuniaire pesant sur les personnes publiques, à l'occasion du licenciement d'un agent contractuel employé à durée déterminée, est bien plus limité que celui pesant sur les employeurs privés. Une telle différence est particulièrement critiquable.

Pour les employeurs privés, le code du travail prévoit que « *la rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée qui intervient à l'initiative de l'employeur, en dehors des cas de faute grave, de force majeure*⁸⁸⁷ *ou d'inaptitude constatée par le médecin du travail, ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal*

⁸⁸⁵ Décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi n°84-53 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. En ce sens, voir article 5, dans sa rédaction issue du décret n°98-1106 du 8 décembre 1998.

⁸⁸⁶ En ce sens, voir : VIEVILLE Sébastien. « Indemnisation des jours de congés non pris à l'extinction de la relation de travail. Conclusions rendues sur le jugement TA Orléans, 7 janvier 2014, *Madame Mangin*, n°1201232 ». *AJDA*, 2014, n°20, p. 1158. L'auteur signale un arrêt rendu par la Cour Administrative d'Appel de Nantes : CAA Nantes, 6 juin 2013, *Office public de l'habitat d'Orléans*, n°12NT00291. Pour aboutir à cette solution, le juge administratif s'est basé sur la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 (Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. *JOUE*, n°L299, 18 novembre 2003, p. 9) ainsi que sur un arrêt du 20 janvier 2009 de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE, 20 janvier 2009, *G. Schultz-Hoff*, n°C-350/06 et C-520/06. En ce sens, voir § 49, § 52 et § 53).

⁸⁸⁷ Il convient toutefois de préciser que dans ce cas de figure, l'article L1243-4 alinéa 2 du code du travail apporte un tempérament : « *Toutefois, lorsque le contrat de travail est rompu avant l'échéance du terme en raison d'un sinistre relevant d'un cas de force majeure, le salarié a également droit à une indemnité compensatrice dont le montant est égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat. Cette indemnité est à la charge de l'employeur* ».

aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, sans préjudice de l'indemnité de fin de contrat⁸⁸⁸ ». En d'autres termes, dès lors que la rupture du contrat à durée indéterminée intervient à l'initiative de l'employeur et sans lien avec la personne du salarié celui-ci doit a minima indemniser le salarié de l'intégralité des salaires qu'il aurait dû percevoir au titre de ce contrat, indemnité à laquelle s'ajoute encore la prime de précarité précédemment évoquée.

En matière publique, il convient de noter que la logique est tout à fait différente. Le contrat à durée déterminée peut tout à fait être rompu avant son échéance du seul fait de l'employeur, pour une raison extérieure à l'agent. Il est notamment possible de citer le cas du licenciement dans l'intérêt du service, lié à des contraintes économiques⁸⁸⁹ ou encore afin de répondre à une réorganisation du service⁸⁹⁰. Dans un tel cas de figure, l'agent n'a, comme précédemment évoqué, pas droit à l'indemnité de fin de contrat. Seule une indemnité de licenciement peut lui être due s'il répond aux conditions fixées par les articles 43 et 44 du décret n°88-145 du 15 février 1988⁸⁹¹. L'indemnité de licenciement est alors calculée sur le fondement de la rémunération de base – à l'exclusion de toute indemnité accessoire⁸⁹². La somme prise en compte doit être celle que l'agent aurait perçu en exerçant ses fonctions à temps plein, même si en réalité il les exerçait à temps partiel ou si son traitement a été réduit de moitié en raison d'un congé de maladie ou de grave maladie⁸⁹³. Sur cette base, l'indemnité

⁸⁸⁸ Article L1243-4 alinéa 1^{er} du code du travail.

⁸⁸⁹ À titre d'illustration, voir notamment : TA Châlons-en-Champagne, 19 mars 1996, *David*, n°93-743. *AJFP*, 1996, p. 53. Le Tribunal motive le rejet de la requête tendant à l'annulation d'un licenciement pour motif économique de la sorte : « le motif avancé par la caisse de crédit municipal de Reims pour procéder au licenciement du requérant et tiré de la baisse importante de son activité ne repose pas sur des faits matériellement inexacts ».

⁸⁹⁰ Sur ce point, et à titre d'illustration, il est notamment possible de citer : CE, 8 avril 1998, *Izzo*, n°161959. Le Conseil d'État indique : « Considérant que la décision du maire de Marseille en date du 20 janvier 1993 prononçant le licenciement [du requérant] mentionne que « le conseil municipal après consultation du comité technique paritaire de l'Opéra a décidé de supprimer 15 postes en fixant à 14 au lieu de 29 l'effectif des danseurs de l'Opéra » et se réfère aux « besoins actuels de l'Opéra en matière de productions chorégraphiques » ; qu'elle est, par suite, suffisamment motivée ».

⁸⁹¹ Décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi n°84-53 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.

⁸⁹² L'article 45 du décret n°88-145 précise au sein de son premier alinéa que la rémunération servant de base au calcul de l'indemnité de licenciement « ne comprend ni les prestations familiales, ni le supplément familial de traitement, ni les indemnités pour travaux supplémentaires ou autres indemnités accessoires ».

⁸⁹³ Article 45 du décret n°88-145, alinéas 2 et 3 : « Le montant de la rémunération servant de base au calcul de l'indemnité de licenciement d'un agent employé à temps partiel est égal au montant de la rémunération définie à l'alinéa précédent qu'il aurait perçue s'il avait été employé à temps complet. / Lorsque le dernier traitement de l'agent est réduit de moitié en raison d'un congé de maladie ou de grave maladie, le traitement servant de base

due à l'agent est égale à la moitié de cette rémunération par année de service pour chacune des douze premières années, et au tiers pour chacune des années suivantes, sans toutefois pouvoir excéder douze fois la rémunération de base ; elle est réduite de moitié lorsque le licenciement est motivé par l'insuffisance professionnelle de l'agent⁸⁹⁴.

Il y a donc, en l'espèce, une différence flagrante de traitement entre les employeurs publics et privés. Alors que ces derniers doivent nécessairement, avant tout recours à un contrat à durée déterminée, s'assurer de leurs besoins pour toute la durée de cet engagement en raison de l'importance des sanctions pouvant peser sur eux, les employeurs publics ont la possibilité, moyennant le paiement d'une indemnité de licenciement relativement faible, de décider de réorganiser leurs services et de licencier avant le terme de l'engagement contracté.

Au surplus, il convient de noter qu'un agent contractuel de droit public, même s'il a été irrégulièrement évincé, ne pourra prétendre au paiement des traitements qu'il aurait normalement dû percevoir jusqu'au terme de son engagement et ce en application de la jurisprudence *Deberles*⁸⁹⁵. Il lui sera uniquement possible de solliciter une indemnisation du préjudice qu'il a réellement subi du fait de cette éviction irrégulière. Ainsi, et à titre d'exemple, un agent contractuel de droit public, illégalement évincé avant le terme de son engagement mais qui retrouve immédiatement un autre emploi avec une rémunération égale ou supérieure ne pourra prétendre à aucune indemnisation, puisqu'aucun préjudice financier ne pourra être relevé. Un tel mécanisme réduit grandement le risque pesant sur les administrations territoriales lorsqu'elles décident de se séparer d'agents avant le terme de leur engagement, et ce même pour des motifs fallacieux. Un tel privilège disparaîtrait en cas de privatisation de l'emploi public administratif territorial. Même si cela serait très apprécié par les agents, il n'en demeure pas moins que cela alourdirait potentiellement les charges de personnels des administrations territoriales ce qui ne paraît pas, en l'état actuel des finances publiques, envisageable.

au calcul de l'indemnité de licenciement est sa dernière rémunération à plein traitement. Il en est de même lorsque le licenciement intervient après un congé non rémunéré ».

⁸⁹⁴ Article 46 du décret n°88-145 précité.

⁸⁹⁵ CE ass., 7 avril 1933, *Deberles*, n°04711 : « le requérant, en l'absence de service fait, ne peut prétendre au rappel de son traitement ; mais qu'il est fondé à demander à la commune d'Haillicourt la réparation du préjudice qu'il a réellement subi du fait de la sanction disciplinaire prise à son encontre dans des conditions irrégulières ».

Enfin, au titre des différences entre les droits public et privé, les sanctions relatives au recours abusif au contrat à durée déterminée, en dehors des cadres prévus par la loi, sont tout à fait différentes. Encore une fois, le droit public est plus avantageux pour l'employeur.

Ainsi, un employeur privé qui aurait abusivement recours à des contrats à durée déterminée, en dehors de tout cadre légal, s'expose à la requalification du contrat ainsi conclu en un contrat à durée indéterminée⁸⁹⁶. L'absence de renouvellement du contrat à durée déterminée est dès lors considérée comme un licenciement sans cause réelle et sérieuse⁸⁹⁷, ouvrant droit pour le salarié, en sus de l'indemnité légale⁸⁹⁸ ou conventionnelle⁸⁹⁹ de licenciement, au paiement d'une indemnité spécifique qui ne peut être inférieure à six mois de salaire⁹⁰⁰. Au surplus, l'indemnité de fin de contrat reste due au salarié⁹⁰¹, même si elle n'a pas encore été versée lors de la requalification de son contrat⁹⁰². Par ailleurs, l'employeur privé qui conclurait un contrat à durée déterminée afin de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise s'expose à une sanction pénale d'un montant de 3750 euros, doublée et assortie d'une peine de 6 mois de prison en cas de récidive⁹⁰³. Les sanctions sont par conséquent extrêmement importantes dès lors que l'employeur privé ne se conforme pas au principe selon lequel les contrats de travail doivent, hors exception législative, être conclus à durée indéterminée⁹⁰⁴.

⁸⁹⁶ En ce sens, voir article L1245-1 du code du travail.

⁸⁹⁷ En ce sens, et à titre d'illustration : Cass. soc., 17 janvier 1995, n°91-43438 : « *le fait, pour l'employeur, d'invoquer exclusivement, pour mettre fin aux relations contractuelles, le terme d'un contrat improprement qualifié de contrat à durée déterminée s'analyse en un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse* ».

⁸⁹⁸ L'article L1234-9 du code du travail prévoit en effet que « *le salarié titulaire d'un contrat de travail à durée indéterminée, licencié alors qu'il compte une année d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité de licenciement* ». L'article R1234-2 du code du travail en précise son montant : « *L'indemnité de licenciement ne peut être inférieure à un cinquième de mois de salaire par année d'ancienneté, auquel s'ajoutent deux quinzièmes de mois par année au-delà de dix ans d'ancienneté* ».

⁸⁹⁹ Les conventions collectives peuvent tout à fait prévoir des indemnités de licenciement supérieures à l'indemnité légale. Ainsi, et à titre d'illustration, l'article 20 de la convention collective nationale des avocats et de leur personnel prévoit des dispositions plus favorables que le minimum légal dès lors que le salarié bénéficie d'une ancienneté au moins égale à 2 ans (Convention collective nationale des avocats et de leur personnel du 20 février 1979. JONC, 9 janvier 1980. Article 20).

⁹⁰⁰ En ce sens, voir l'article L1235-3 alinéa 2 du code du travail.

⁹⁰¹ En ce sens, et à titre d'illustration, voir : Cass. soc., 9 mai 2001, n°98-44090 et 98-46205. Bull. civ. V, 2001, n°153, p. 121. La Cour de Cassation précise que : « *l'indemnité de précarité qui compense pour le salarié la situation dans laquelle il est placé du fait de son contrat à durée déterminée, lorsqu'elle est perçue par le salarié à l'issue du contrat, lui reste acquise nonobstant une requalification ultérieure de ce contrat en un contrat à durée indéterminée* ».

⁹⁰² En ce sens, et à titre d'illustration, voir : Cass. soc., 5 février 2003, n°00-46068.

⁹⁰³ En ce sens, voir article L1248-1 du code du travail.

⁹⁰⁴ En ce sens, voir article L1221-2 du code du travail.

Qu'en est-il de l'employeur public qui ne respecterait pas le principe du recrutement statutaire prévu à l'article 3 de la loi n°83-634 et qui recruterait des agents contractuels en dehors des possibilités offertes par les textes ? Il est évident que l'illégalité du recrutement ne manquerait pas d'être constatée par le juge administratif, saisi par déféré préfectoral, recours d'un tiers⁹⁰⁵ ou même de l'intéressé. Par ailleurs, aucune sanction pénale n'est prévue dans une telle hypothèse. Qu'en est-il, dans un tel cas de figure, des droits de l'agent ainsi recruté ? Le Conseil d'État a apporté une réponse à cette interrogation à l'occasion d'un arrêt *Cavallo* rendu le 31 décembre 2008⁹⁰⁶. En l'espèce, le requérant – agent contractuel de droit public – a été contraint par sa hiérarchie à démissionner. Sollicitant une indemnisation à ce titre, la Cour Administrative d'Appel de Marseille lui rétorque que « *ni la nature des fonctions, ni les besoins des services ne justifiaient qu'il fût procédé [à son] recrutement (...) pour occuper l'emploi de directeur de cabinet du directeur général, qui ne pouvait, en tout état de cause, être légalement réservé à un agent contractuel ; que, dès lors que [le requérant], dont la nomination sur ce poste était illégale, ne se trouvait pas dans une situation juridiquement protégée, sa démission même contrainte, n'a pu porter atteinte à ses droits ni, par suite, lui causer un préjudice dont il serait fondé à demander réparation*⁹⁰⁷ ». En d'autres termes, et selon le raisonnement employé par la Cour, dès lors que le recrutement est illégal l'agent contractuel ne bénéficie d'aucun droit de quelque nature que ce soit. Il ne s'agissait là que d'un rappel de la jurisprudence en vigueur⁹⁰⁸ - même si celle-ci avait subi un premier infléchissement à l'occasion de l'arrêt *Leplâtre*⁹⁰⁹, rendu le 14 juin 2004, selon lequel « *l'administration a l'obligation de proposer la modification d'un contrat dont une des clauses est irrégulière [et ce conformément] à la position du juge communautaire [comme aux] règles générales applicables aux contrats administratifs*⁹¹⁰ ». La position adoptée par le

⁹⁰⁵ En ce sens, nous ne pouvons qu'effectuer un renvoi à la première partie de la présente thèse, où nous avons évoqué les cas de recrutements contractuels et fournis de nombreux exemples au sein desquels le recrutement a été jugé illégal, et donc le contrat annulé.

⁹⁰⁶ CE, 31 décembre 2008, *Cavallo*, n°283256. *BJCL*, 2009, n°6, pp. 365-372, note S. Macaire. *RLCT*, 2009, n°45, pp. 19-25, concl. GLASER Emmanuel. *RFDA*, 2009, p. 89, concl. E. Glaser. *RLCT*, 2009, n°45, pp. 26-29, comm. MARC Emmanuelle. *AJFP*, 2009, p. 153, comm. G. Calley. *AJDA*, 2009, p. 5, note M.C. De Montecler. *AJDA*, 2009, p. 142, comm. S.J. Lièber et D. Botteghi. *DA*, 2009, n°3, comm. 41, comm. F. Melleray.

⁹⁰⁷ CAA Marseille, 24 mai 2005, *Cavallo*, n°01MA01884.

⁹⁰⁸ En ce sens, voir notamment : CE, 5 mars 1954, *Demoiselle Soulier*. *RDP*, 1954, p. 844.

⁹⁰⁹ CE, 14 juin 2004, *Leplâtre*, n°25095. *Leb.*, p. 252. *AJDA*, 2004, p. 2225, note E. Aubin. *AJFP*, 2004, n°5, p. 277. *JCP A*, 1521, note D. Jean-Pierre. *JCP A*, 1528, chron. E. Glaser et F. Séners.

⁹¹⁰ MACAIRE Sophie. « Note sur l'arrêt CE, 31 décembre 2008, *Cavallo*, n°283256 ». *BJCL*, 2009, n°6, pp. 365-372. p. 367. Concernant la position du juge communautaire, l'auteur cite une jurisprudence du 11 novembre 2004 : CJCE, 11 novembre 2004, *Mme Delahaye contre Ministre de la fonction publique (Luxembourg)*, n°C-452/02. Concernant les règles générales applicables aux contrats administratifs, l'auteur se

Conseil d'État au sein de son arrêt *Cavallo* s'avère radicalement différente. La haute juridiction y précise en effet 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* ». Quel sort alors réserver à un agent donc le contrat est annulé ? Le Conseil d'État précise que « *l'administration est tenue de proposer à [l'agent] une régularisation de son contrat afin que son exécution puisse se poursuivre régulièrement ; que 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 ; que, 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* ». En d'autres termes, en cas d'emploi irrégulier du mécanisme contractuel, l'administration est seulement tenue de procéder soit au reclassement de l'agent, soit à son licenciement, et ce dans les conditions précédemment évoquées.

Ainsi, nous retrouvons ici à nouveau une différence de traitement particulièrement importante entre les employeurs publics et privés. Alors qu'en cas d'utilisation incorrecte du contrat à durée déterminée, l'employeur privé est soumis à une indemnisation particulièrement lourde et risque une amende voire un emprisonnement en cas de récidive, l'employeur public ne doit s'acquitter que d'indemnités de licenciement d'un montant tout à fait dérisoire – du moins, comparativement aux sommes exposées par l'employeur privé dans un cas similaire.

Il ressort de l'ensemble des exemples précités que le droit de l'emploi public administratif est bien plus souple que le droit privé concernant le travail à durée déterminée. L'applicabilité directe du droit privé aux employeurs territoriaux ne manquerait par conséquent pas d'aggraver la pression financière pesant sur ces derniers, déjà au bord de l'asphyxie financière. Il s'agit là à notre sens d'un élément en défaveur d'une éventuelle

base sur un arrêt rendu le 28 juin 2002 par la Cour Administrative d'Appel de Nantes, qui précise que « *les règles générales applicables aux contrats administratifs ne font pas obstacles à la possibilité pour l'administration de modifier, et le cas échéant de rompre unilatéralement, pour des motifs tirés de l'intérêt du service, les contrats conclus avec des agents publics* » (CAA Nantes, 28 juin 2002, *OPAC de Dreux contre Monsieur Leplâtre*, n°00NT1435. *AJFP*, 2003, n°2, p. 27, note P. Boutelet. *AJDA*, 2002, p. 1240).

privatisation de cet emploi, et ce même si les droits des agents en sortiraient incontestablement renforcés.

Au surplus, il convient de noter qu'il n'existe, en droit privé, aucun mécanisme permettant l'emploi de vacataires.

2. L'interdiction, par le code du travail, de tout recours aux vacataires :

Nous avons déjà évoqué, en première partie de la présente thèse, la possibilité pour les employeurs territoriaux de recourir à des vacataires, recrutés non pour occuper un emploi mais pour effectuer des tâches déterminées. Il n'existe en droit privé aucun dispositif similaire.

Toutefois, deux alternatives possibles méritent d'être successivement étudiées : les contrats à durée déterminée dits d'usage (a) et l'intérim qui, bien que déjà utilisable au sein du droit de l'emploi public administratif, pourrait éventuellement être utilisée comme alternative à l'emploi de vacataires (b). Aucun de ces deux mécanismes ne nous paraît toutefois réellement viable afin de remplacer les vacataires, du moins sans modification en profondeur du dispositif existant.

a) L'alternative des contrats à durée déterminée dits d'usage :

Les contrats à durée déterminée dits d'usage nous semblent se rapprocher⁹¹¹ du mécanisme des vacataires. Ces contrats à durée déterminée particuliers permettent à l'employeur privé de ne recourir au salarié ainsi recruté que pour des besoins déterminés et ponctuels. Cependant, les contrats à durée déterminée d'usage diffèrent sur de nombreux points des vacations.

⁹¹¹ En ce sens, voir l'article L1242-2 du code du travail.

Tout d'abord, la conclusion de tels contrats n'est possible que dans certains secteurs d'activités bien précis, limitativement énumérés par décret⁹¹² ou par convention collective⁹¹³. Les secteurs d'activités concernés ne doivent pas uniquement correspondre à l'emploi occupé : il doit s'agir de l'activité principale effectivement exercée par l'employeur⁹¹⁴. Si seule la tâche confiée au salarié relève d'une des activités autorisant le recours au contrat à durée déterminée d'usage mais que l'activité principale de l'employeur n'en fait pas partie, tout recours au contrat à durée déterminée d'usage est interdit⁹¹⁵.

Au surplus, le contrat à durée déterminée d'usage ne peut être conclu que lorsque les besoins de l'entreprise sont par nature temporaires⁹¹⁶. En cas de litige, c'est à l'employeur d'apporter la preuve que le contrat à durée déterminée d'usage n'a été employé que pour combler un besoin par essence temporaire⁹¹⁷.

Par ailleurs, le salarié recruté par un contrat d'usage ne peut bénéficier de l'indemnité de fin de contrat précédemment évoquée – sauf dispositions conventionnelles plus favorables⁹¹⁸. Enfin, l'employeur peut tout à fait conclure plusieurs contrats à durée déterminée d'usage successifs⁹¹⁹ sans que ne lui soit applicable le délai de carence applicable en dehors de ce cas de figure⁹²⁰.

Concernant les vacataires, et donc le droit public, le raisonnement employé est différent. Comme cela a déjà été précisé en première partie de la présente thèse, un agent public doit répondre à trois critères cumulatifs afin d'être qualifié de vacataire : être recruté pour accomplir un acte déterminé, être rémunéré à l'acte et être employé de façon

⁹¹² En ce sens, voir l'article D1242-1 du code du travail.

⁹¹³ En ce sens, et à titre d'illustration, voir notamment la convention collective nationale des organismes de formation (Convention collective nationale des organismes de formation du 10 juin 1988 en vigueur le 1^{er} juillet 1989 étendue par arrêté du 16 mars 1989. *JORF*, 29 mars 1989. Article 5.4.3) ou la convention collective nationale des casinos (Convention collective nationale des casinos du 29 mars 2002. Étendue par arrêté du 2 avril 2003. *JORF*, 29 avril 2003. Article 26).

⁹¹⁴ En ce sens, et à titre d'illustration, voir notamment : Cass. soc., 27 septembre 2006, n°04-47663. *Bull. civ. V*, n°289.

⁹¹⁵ En ce sens, et à titre d'illustration : Cass. soc., 2 juin 2004, n°01-45906. Ou encore : Cass. soc., 11 mars 2009, n°07-43670.

⁹¹⁶ Sur ce point, et à titre d'illustration, voir notamment : Cass. soc., 24 avril 2013, n°12-14844 ; Cass. crim., 6 mai 2008, n°06-82366. *Bull. crim.*, n°105.

⁹¹⁷ En ce sens, et à titre d'illustration, voir notamment : Cass. soc., 24 septembre 2008, n°06-43530. *Bull. civ. V*, n°174.

⁹¹⁸ Article L1243-10 du code du travail.

⁹¹⁹ Article L1244-1 du code du travail.

⁹²⁰ Article L1244-4 du code du travail.

discontinue⁹²¹. Le contrat à durée déterminée d'usage ne correspond pas pleinement à cette définition. En effet, un tel contrat est conclu pour effectuer un ensemble de tâches, une véritable mission, contrairement à la vacation, qui est réservée à l'accomplissement d'une seule et unique tâche. En outre, le critère du secteur d'activité serait difficilement applicable en matière publique.

Le contrat à durée déterminée d'usage pourrait donc, en cas de privatisation de l'emploi public administratif territorial, être utilisé en substitution des vacations. Il serait toutefois nécessaire que ce dispositif soit profondément remanié afin d'être transposable aux spécificités de l'action administrative. Dès lors, une application directe du droit du travail se révélerait impossible, raison pour laquelle il nous semble s'agir là d'une alternative imparfaite.

b) L'alternative de l'intérim :

Le recrutement d'intérimaires pourrait-il permettre de remplacer efficacement les vacataires en cas de privatisation de l'emploi public administratif territorial ?

L'intérim est déjà un mode de recrutement ouvert aux administrations territoriales. Cette possibilité a été consacrée pour la première fois par le Conseil d'État dans un arrêt rendu le 18 janvier 1980, seulement en cas de « *circonstances exceptionnelles, telles qu'une extrême urgence, qui rendent impossible le recrutement d'agents ayant un lien direct avec l'Administration*⁹²² ». Ce n'est que dans ces circonstances que « *les administrations publiques [étaient autorisées] à faire appel à du personnel mis à disposition par une entreprise de travail temporaire, par dérogation au « principe selon lequel l'exécution du service public administratif est confiée à des agents publics »*⁹²³ ». Ce n'est que bien plus tard, par l'article 21 de loi n°2009-972 du 3 août 2009⁹²⁴, qui a introduit un article 3-2 au sein du statut de la

⁹²¹ En ce sens, voir partie I de la présente thèse.

⁹²² CE, 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut Rhin*, n°07636.

⁹²³ TAILLEFAIT Antony. « Le recours aux entreprises de travail temporaire par les collectivités territoriales ». *AJCT*, 2010, p. 23.

⁹²⁴ 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 21, II. : « II. - Après l'article 3-1 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 précitée, il est inséré un article 3-2 ainsi rédigé : « Art. 3-2.-Sous réserve des dispositions de l'article 25 relatives aux missions assurées par les centres de gestion, les collectivités territoriales et les établissements

fonction publique territoriale, que le législateur a enfin précisé les conditions dans lesquelles une administration territoriale peut avoir recours à l'intérim. Par la suite, l'article 42 de la loi n°2012-347 du 12 mars 2012⁹²⁵ a transféré ces dispositions au sein d'un nouvel article 3-7 du statut de la fonction publique territoriale, sans pour autant y apporter une quelconque modification. Cet article est rédigé de la sorte : « *Sous réserve des dispositions de l'article 25 relatives aux missions assurées par les centres de gestion, les collectivités territoriales et les établissements mentionnés à l'article 2 peuvent, lorsque le centre de gestion dont ils relèvent n'est pas en mesure d'assurer la mission de remplacement, avoir recours au service 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* ». Avant tout recrutement d'un intérimaire, la collectivité territoriale doit donc avoir précédemment sollicité le centre de gestion dont elle relève ; celui-ci ne doit pas avoir été en mesure de répondre favorablement à sa demande de mise à disposition d'un agent, et ce conformément aux missions qui lui sont dévolues par l'article 25 de la loi n°84-53⁹²⁶.

Le régime juridique de ce type de recrutement est aujourd'hui déterminé par les articles L1251-1 et suivants du code du travail. Il est tout d'abord précisé que le recrutement d'un travailleur temporaire suppose la rédaction de deux contrats distincts : un « *contrat de mise à disposition entre l'entreprise de travail temporaire et le client utilisateur*⁹²⁷ », soit en l'espèce la personne publique ; le second contrat, quant à lui, est un véritable « *contrat de travail, dit « contrat de mission », entre le salarié temporaire et son employeur*⁹²⁸ » - la

mentionnés à l'article 2 peuvent, lorsque le centre de gestion dont ils relèvent n'est pas en mesure d'assurer la mission de remplacement, avoir recours au service 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. » »

⁹²⁵ 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.

⁹²⁶ L'article 25 alinéa 2 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 correspond à la mission évoquée en l'espèce : « *[Les centres de gestion] peuvent mettre des agents à disposition des collectivités et établissements qui le demandent en vue d'assurer le remplacement d'agents momentanément indisponibles ou d'assurer des missions temporaires ou en cas de vacance d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu. Ils peuvent également mettre des fonctionnaires à disposition des collectivités et établissements en vue de les affecter à des missions permanentes à temps complet ou non complet* ».

⁹²⁷ Article L1251-1 du code du travail.

⁹²⁸ Ibidem

société de travail temporaire. En d'autres termes, l'entreprise utilisatrice – en l'espèce la personne publique – ne contracte pas directement avec la personne recrutée, mais uniquement avec l'entreprise de travail temporaire. C'est cette dernière qui établira un contrat de travail avec l'agent ainsi recruté.

On peut dès lors fort légitimement s'interroger sur la nature du contrat conclu par la personne publique avec l'entreprise de travail temporaire. Il s'agit là d'un contrat de prestation de services conclu à titre onéreux : l'entreprise de travail temporaire est chargée par la personne publique, moyennant rémunération, de recruter et de payer une personne dont le profil est susceptible de satisfaire les besoins de l'administration. Dès lors, les principes de la commande publique sont pleinement applicables à la conclusion d'un tel contrat⁹²⁹. L'exclusion prévue à l'article 7 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce⁹³⁰. En effet, le contrat conclu entre l'entreprise de travail temporaire et la personne publique n'est pas un contrat de travail, mais un contrat de service. Par conséquent, l'ensemble des principes relatifs à la commande publique trouve ici à s'appliquer : « *liberté d'accès à la commande publique, (...) égalité de traitement des candidats et (...) transparence des procédures*⁹³¹ ».

Cette dernière limite ne manquerait pas de grandement complexifier la gestion des ressources humaines des administrations territoriales pour le cas où en lieu et place des vacataires, elle ne devrait plus employer que des intérimaires. Il lui serait alors systématiquement nécessaire, pour tout recrutement, de respecter les principes de la commande publique. Certes, il serait tout à fait possible d'envisager la conclusion de marchés à bons de commande afin de simplifier une telle opération. Toutefois, l'ensemble de cette procédure ne manquerait pas de complexifier et de retarder plus encore chaque recrutement. L'intérim ne nous semble dès lors pas constituer une solution véritablement viable.

⁹²⁹ Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. *JORF*, 24 juillet 2015, n°0169, p. 12602. Article 4 alinéa 2 : « *Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ». Cette définition était autrefois présente à l'article 1 alinéa 2 du code des marchés publics.

⁹³⁰ Ibidem, article 7. Cette exception était autrefois prévue au point 12 de l'article 3 du code des marchés publics.

⁹³¹ Ibidem, article 1^{er}. Autrefois, cette disposition était prévue au sein de l'article 1^{er} II. du code des marchés publics : « *Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code* ».

Au surplus, la question du coût d'une telle opération mériterait d'être posée. En effet, plus que de simplement rémunérer l'agent ainsi recruté, l'administration territoriale se devrait également de rémunérer l'entreprise de travail temporaire. Dès lors, les coûts d'un tel recrutement seraient obligatoirement plus élevés que précédemment. Il s'agit là encore d'un argument en défaveur de l'utilisation de l'intérim en remplacement du mécanisme des vacataires.

Il ressort de l'ensemble de ces développements que le droit de l'emploi public administratif est seul susceptible pourvoir efficacement des vacances. Il s'agit là encore d'un élément en défaveur d'une éventuelle privatisation du régime juridique de cet emploi.

3. La difficile adaptation aux spécificités des emplois fonctionnels :

Les emplois fonctionnels, évoqués en première partie de la présente thèse, correspondent à des emplois permanents des administrations territoriales. Toutefois, en raison de la nécessaire proximité des titulaires de ces emplois avec l'autorité territoriale – et donc avec la vie politique – ces emplois ne sont guère occupés que de façon temporaire. Cela est tellement vrai qu'un fonctionnaire ne doit en théorie être nommé sur l'un de ces emplois que sur la base d'un détachement⁹³², et non par le biais d'une nomination directe. Cet aspect temporaire du recrutement se traduit notamment dans la possibilité, pour l'administration territoriale, de mettre un terme aux fonctions de l'intéressé en raison d'une simple perte de confiance⁹³³. Bien entendu le juge administratif vérifie la réalité d'une telle perte de confiance⁹³⁴ mais à « *moins de n'avoir dans son dossier aucun élément factuel à fournir au juge, l'autorité territoriale ne rencontre (...) que rarement des difficultés pour démontrer*

⁹³² Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 6-1, alinéa 3 (article traitant des emplois fonctionnels) : « *Ces emplois sont pourvus par la voie du détachement* ».

⁹³³ LAIDIE Yan. « La perte de confiance peut-elle justifier la rupture des liens unissant un agent à son administration ? ». *AJFP*, 2006, p. 94.

⁹³⁴ En ce sens, et à titre d'illustration, voir : CAA Nancy, 13 avril 2006, *Commune de Betheny*, n°02NC01064.

*l'existence d'un motif suffisant*⁹³⁵ ». Il y a donc, en l'espèce, une véritable souplesse quant à la fin de fonction.

Une telle souplesse pourrait-elle être retrouvée en cas de privatisation de l'emploi public administratif territorial ? La réponse est négative, et ce quelle que soit la forme de recrutement envisagée (contrat à durée déterminée, contrat d'usage ou encore intérim). La Cour de Cassation considère en effet qu'un « *licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs ; la perte de confiance à l'égard du salarié ne constitue pas en soi un motif de licenciement*⁹³⁶ ». Dès lors, une simple divergence d'opinion, un différend professionnel ne saurait suffire à mettre un terme au contrat d'un salarié, comme le permet le droit public pour les emplois fonctionnels des administrations territoriales.

Là encore, une adaptation du droit privé aux spécificités de l'action administrative serait indispensable afin que perdurent les emplois fonctionnels.

Il ressort de l'ensemble de ces éléments qu'une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial engendrerait de nombreuses contraintes nouvelles pour les employeurs qui décideraient d'avoir recours à des contrats à durée déterminée. Il serait bien entendu possible de prétendre que l'application du droit commun du travail aux administrations territoriales engendrerait de profondes remises en cause des pratiques existantes, que les ressources humaines s'adapteraient bon gré mal gré à ces nouvelles exigences. Malgré tout, une telle révolution nécessiterait tout de même de profonds aménagements du droit commun du travail afin de l'adapter aux spécificités du fonctionnement des administrations territoriales. Le droit qui serait ainsi mis en œuvre ne serait ni totalement public, ni totalement privé, oscillant continuellement dans un équilibre instable entre deux modèles sans jamais pouvoir clairement opter pour l'un d'eux. Il ne s'agit donc pas d'une solution viable à notre sens.

⁹³⁵ CARRERE Lorène, ABBAL Marjorie. « Emplois fonctionnels : les modalités de la cessation de fonction ». *Le courrier des maires*, 2014, n°275, pp. 40-41. p. 41.

⁹³⁶ En ce sens, voir notamment : Cass. soc., 9 janvier 1991, n°89-43918. Ou encore : GAUDU François. « Le licenciement pour perte de confiance ». *Dr. Soc.*, 1992, p. 32.

Pire encore : une application directe du droit commun du travail à l'emploi public administratif territorial serait susceptible de perturber gravement le fonctionnement normal des administrations territoriales qui, au surplus et comme nous l'évoquerons, verraient leur pouvoir de direction grandement affaibli dans cette transition.

B. La diminution du pouvoir de direction de l'employeur public :

Notre hypothèse de privatisation de l'emploi public administratif territorial entrainerait également une diminution des pouvoirs de direction de l'employeur public. Pour nous en convaincre, il nous est nécessaire de comparer l'étendue des pouvoirs de direction des employeurs publics et privés.

Pour ce faire, nous nous attarderons tout d'abord sur les fondements différents des pouvoirs de direction des employeurs publics et privés (1). Ces fondements différents permettent d'expliquer pourquoi le pouvoir de direction des employeurs privés est limité aux seules modifications des conditions de travail des salariés (2). Une telle limitation n'est absolument pas envisageable en droit public, de sorte que le pouvoir de direction des administrations territoriales est bien plus complet que celui des employeurs privés (3).

Par conséquent, une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial entrainerait nécessairement une diminution du pouvoir de direction des employeurs territoriaux, ce qui serait encore une fois de nature à compromettre le fonctionnement normal de l'administration. Une nouvelle fois, ces limitations sont de nature à remettre en cause la faisabilité de notre hypothèse.

1. Les fondements différents des pouvoirs de direction des employeurs publics et privés :

Les pouvoirs de direction des employeurs publics et privés présentent des fondements conceptuels différents. Principalement, deux conceptions doctrinales s'opposent quant à la détermination de la source du pouvoir de direction de l'employeur⁹³⁷.

Ainsi, il convient d'évoquer, d'une part, la théorie de l'institution, selon laquelle « *la position du chef d'entreprise dans l'organisation économique est bien la source factuelle du pouvoir. Si, en pratique, le chef d'entreprise dirige, c'est parce qu'il détient les moyens de la puissance économique, parce qu'il est dans une situation prépondérante dans l'organisation économique*⁹³⁸ ». En d'autres termes, et selon cette conception, le pouvoir de direction de l'employeur découle uniquement du pouvoir économique du chef d'entreprise, de son statut de dirigeant. Le pouvoir de direction puise donc ses sources au sein même de l'existence de l'institution, et « *ne trouve alors plus de limites que dans le respect de la finalité de l'institution*⁹³⁹ ».

Ensuite, et d'autre part, il convient d'évoquer la théorie contractuelle du pouvoir de direction de l'employeur⁹⁴⁰, selon laquelle, l'employeur tire la source de son pouvoir non de sa puissance économique, mais du contrat conclu avec le salarié. C'est donc le contrat qui délimite l'étendue du pouvoir de direction de l'employeur, qui fonde son autorité, qui est la source exclusive du lien de subordination.

La Cour de Cassation a un temps été tentée par l'approche de la théorie de l'institution⁹⁴¹. Pourtant, au travers de ses arrêts *Raquin* du 8 octobre 1987⁹⁴² et *Le Berre* du 10

⁹³⁷ Les développements sur ce point sont basés sur le précis de droit du travail rédigé par Gilles AUZERO et Emmanuel DOCKES (AUZERO Gilles, DOCKES Emmanuel. *Droit du travail*. Paris : Dalloz, 28^e édition, 2013. 1556 p. pp. 633-641).

⁹³⁸ Ibidem, p. 634.

⁹³⁹ Ibidem.

⁹⁴⁰ Ibidem.

⁹⁴¹ En ce sens, et à titre d'illustration, voir notamment : Cass. soc., 16 juin 1945. *Dr. Soc.*, 1946, 427, note P. Durand. La Cour y précise que : « *attendu, tout d'abord que, contrairement au motif du jugement attaqué, cette faute ne résultait pas du seul fait que la mesure prise n'était pas prévue par un règlement intérieur, cette circonstance ne pouvant, en effet, priver le patron d'un pouvoir disciplinaire, inhérent à sa qualité, et dont il a la faculté en l'absence de dispositions restrictives d'un règlement intérieur, de faire usage sous la seule réserve du contrôle de l'autorité judiciaire* ».

juillet 1996⁹⁴³, la haute juridiction a clairement opté en faveur de la théorie contractuelle. Il convient, afin de s'en convaincre, de s'attarder sur chacun de ces deux arrêts.

L'arrêt *Raquin* va tout d'abord marquer une évolution conceptuelle particulièrement importante. En effet, avant cet arrêt, il était constant qu'un salarié à qui l'on imposait une modification de ses conditions de travail et qui ne manifestait pas son opposition était réputé y consentir⁹⁴⁴. Au sein de son arrêt *Raquin*, la Cour de Cassation renverse sa jurisprudence, et désormais considérer qu'une acceptation expresse du salarié est désormais indispensable. La Cour va en effet préciser que « *l'acceptation par [les requérants] de la modification substantielle (...) du contrat de travail ne pouvait résulter de la poursuite par eux du travail*⁹⁴⁵ ». Une acceptation expresse par le salarié de toute modification substantielle du contrat de travail est donc, à compter de cet arrêt, indispensable à sa prise d'effet. Le législateur a toutefois introduit une légère inflexion à ce principe par la loi du 20 décembre 1993⁹⁴⁶, uniquement lorsque la modification d'un élément essentiel du contrat de travail est dictée par des motifs économiques : dans cet unique cas de figure, le salarié qui reste taiseux face à la lettre de son employeur l'informant de cette modification de son contrat est réputé avoir accepté cette proposition⁹⁴⁷. En tout état de cause, il convient de constater que la

⁹⁴² Cass. soc., 8 octobre 1987, *Raquin et Trappiez. D.*, 1988, 57, note Y. Saint-Jours. *Dr. Soc.*, 1988, 135, note J. Savatier. *Grands arrêts*, n°49. *Bull. civ. V*, n°541.

⁹⁴³ Cass. soc., 10 juillet 1996, n°93-41.137. *Bull. civ. V*, n°278. *Grands arrêts*, n°50.

⁹⁴⁴ En ce sens, et à titre d'illustration : Cass. soc., 1^{er} décembre 1971, n°70-40472. *Bull. civ. V*, n°702. La Cour précise que : « *Mais attendu que la cour d'appel relève qu'au pourcentage de 1,60 % sur le chiffre d'affaires global de l'entreprise qui, depuis le 26 octobre 1935 constituait la rémunération [du requérant], avait été substitué, à compter du 1^{er} janvier 1966, un même pourcentage sur le chiffre d'affaires personnellement réalisé par le salarié augmenté d'un fixe mensuel de 2.128 francs ; que si [le requérant] eut été en droit de refuser cette modification du calcul de sa rétribution et de se prévaloir, éventuellement, de la rupture de son contrat de travail par l'employeur, il l'avait cependant acceptée sans protestation ni réserves et qu'elle avait été appliquée pendant plus de deux ans jusqu'à son licenciement ; qu'en en déduisant que les parties, bien que n'ayant pas expressément accepté la novation apportée par elles dans leurs rapports contractuels n'en avaient pas moins, par leur comportement, manifesté sans équivoque leur accord à cet égard, les juges d'appel, par cette appréciation de fait, ont légalement justifié leur décision* ».

⁹⁴⁵ Cass. soc., 8 octobre 1987, *Raquin et Trappiez. D.*, 1988, 57, note Y. Saint-Jours. *Dr. Soc.*, 1988, 135, note J. Savatier. *Grands arrêts*, n°49. *Bull. civ. V*, n°541.

⁹⁴⁶ Loi n°93-1313 du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle. *JORF*, 21 décembre 1993, p. 17769. En ce sens, voir article 47 de la loi, qui modifie l'article L321-1-2 du code du travail.

⁹⁴⁷ Cette disposition était autrefois prévue au sein de l'article L321-1-2 du code du travail. Elle figure aujourd'hui au sein de l'article L1222-6 du code du travail, qui précise que : « *Lorsque l'employeur envisage la modification d'un élément essentiel du contrat de travail pour l'un des motifs économiques énoncés à l'article L. 1233-3, il en fait la proposition au salarié par lettre recommandée avec avis de réception. / La lettre de notification informe le salarié qu'il dispose d'un mois à compter de sa réception pour faire connaître son refus. Le délai est de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. / À défaut de réponse dans le délai d'un mois, ou de quinze jours si l'entreprise est en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, le salarié est réputé avoir accepté la modification proposée* ».

jurisprudence distingue alors les modifications substantielles – qui nécessitent l'accord exprès du salarié – des modifications non substantielles, qui s'imposent au salarié sans possibilité pour lui de les contester⁹⁴⁸ et qui relèvent donc du pouvoir de direction de l'employeur. Comment distinguer ces deux types de modifications ? « *L'appartenance d'une modification litigieuse à l'une ou l'autre des deux catégories était affaire d'appréciation. Tout dépendait de l'incidence du changement sur les conditions de vie et de travail du salarié. Cette appréciation in concreto a pu paraître trop incertaine. Elle était surtout, d'un point de vue terminologique, une négation de l'analyse contractuelle du pouvoir [de l'employeur]*⁹⁴⁹ ».

Afin de se ranger définitivement à la conception contractuelle du pouvoir de direction de l'employeur, la Cour de Cassation a abandonné cette distinction au sein d'un arrêt *Le Berre*⁹⁵⁰ rendu le 10 juillet 1996. Au sein de cet arrêt, la Cour de Cassation a affirmé un nouveau critère, abandonnant sa distinction entre les modifications substantielles ou non du contrat de travail. Ainsi, il convient désormais de distinguer la modification des conditions de travail – qui relève du pouvoir de direction de l'employeur⁹⁵¹ – de la modification du contrat de travail – qui impose l'accord du salarié. La Cour indique en effet que : « *le refus par un salarié de continuer le travail ou de le reprendre après un changement de ses conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction constitue, en principe, une faute grave qu'il appartient à l'employeur de sanctionner par un*

⁹⁴⁸ Il est d'ailleurs à noter qu'un refus, pour un salarié, de se soumettre à une modification non substantielle de son contrat de travail a pu constituer une faute grave justifiant un licenciement. En ce sens, et à titre d'illustration, voir notamment : Cass. soc., 25 juin 1992, n°88-42498. *Dr. Soc.*, 1992, p. 818, note Y. Chauvy. La Cour précise que : « *l'arrêt constate que les nouvelles conditions d'exécution du contrat de travail ne comportaient pas de modifications substantielles et qu'il en résultait que le refus de la salariée de les accepter la rendait responsable de la rupture ; (...) le refus par le salarié de poursuivre l'exécution du contrat de travail qui n'a fait l'objet d'aucune modification substantielle de la part de l'employeur n'entraîne pas à lui seul la rupture du contrat de travail, même en cas de départ du salarié, mais constitue un manquement aux obligations contractuelles que l'employeur a la faculté de sanctionner, au besoin en procédant au licenciement de l'intéressé* ». Yves CHAUVY, commentant cette décision, note que : « *Lié aux circonstances (...), l'intérêt de l'entreprise justifiait de nouvelles modalités d'accomplissement du travail. Le refus d'exécution s'analysera dès lors en une cause réelle et sérieuse de licenciement* » (CHAUVY Yves. « Note sur l'arrêt Cass. soc., 25 juin 1992, n°88-42498 ». *Dr. Soc.*, 1992, p. 818).

⁹⁴⁹ AUZERO Gilles, DOCKES Emmanuel. *Droit du travail*. Paris : Dalloz, 28^e édition, 2013. 1556 p. pp. 639-640.

⁹⁵⁰ Cass. soc., 10 juillet 1996, n°93-41.137. *Bull. civ. V*, n°278. *Grands arrêts*, n°50.

⁹⁵¹ Il est d'ailleurs à noter que le refus, pour un salarié, de se soumettre à une modification de ses conditions de travail peut constituer une faute grave justifiant un licenciement. En ce sens, et à titre d'illustration, voir notamment : Cass. soc., 20 octobre 1998, n°96-42.296. La Cour précise que : « *le refus par le salarié de continuer le travail ou de le reprendre après un changement de ses conditions de travail décidé par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction constitue, en principe, une faute grave qu'il appartient à l'employeur de sanctionner par un licenciement* ».

*licenciement*⁹⁵² ». Cette nouvelle distinction est fondamentale dans l'affirmation de la théorie contractuelle du pouvoir de direction de l'employeur en droit privé.

L'étendue du pouvoir de direction de l'employeur privé étant désormais connue, il convient de s'attarder sur les pouvoirs, en la matière, des administrations publiques et par là même territoriales.

En l'espèce, le pouvoir de direction de l'employeur public répond uniquement à la théorie de l'institution précédemment évoquée : l'agent public étant placé dans une situation essentiellement légale et réglementaire, le régime juridique lui étant applicable ne laisse que très peu de place à l'accord de volonté. Le pouvoir de direction de l'employeur public puise donc ses sources au sein même de l'existence de l'institution, et « *ne trouve alors plus de limites que dans le respect de [sa] finalité*⁹⁵³ » : le service public, l'intérêt général.

Deux conceptions différentes du pouvoir de direction de l'employeur s'opposent donc. Comment se traduisent-elles en pratique ?

2. La limitation du pouvoir de direction de l'employeur privé aux seules modifications des conditions de travail :

Sur ces bases, il nous est désormais possible de déterminer avec précision l'étendue du pouvoir de direction de l'employeur privé. La question est surtout essentielle en l'absence de toute clause spécifique du contrat de travail, puisque celle-ci serait alors de nature à circonscrire ce pouvoir de direction. Ainsi, et « *en l'absence de clause exprès sur ces points, sont considérés comme fixés par le contrat la qualification et la nature du travail demandé (...), la durée, les grandes lignes de la répartition du temps de travail (...), le secteur géographique dans lequel le travail est exécuté (...) et surtout le salaire*⁹⁵⁴ ».

⁹⁵² Cass. soc., 10 juillet 1996, n°93-41.137. *Bull. civ. V*, n°278. *Grands arrêts*, n°50.

⁹⁵³ AUZERO Gilles, DOCKES Emmanuel. *Droit du travail*. Paris : Dalloz, 28^e édition, 2013. 1556 p. p. 643. On notera une nouvelle fois l'important travail de systématisation réalisé par les auteurs, dont s'inspirent les développements à suivre.

⁹⁵⁴ *Ibidem*.

Il convient donc d'examiner successivement chacune de ces composantes du pouvoir de direction de l'employeur en l'absence de toute clause contractuelle le délimitant.

Concernant la qualification et la nature du travail demandé, la jurisprudence considère qu'il s'agit là d'un élément fondamental du contrat de travail que l'employeur ne peut modifier sans solliciter l'accord du salarié. Ainsi, et à titre d'exemple, l'employeur ne peut diminuer le niveau des tâches confiées à un salarié, au regard de sa qualification, qu'en sollicitant son accord préalable et en actant sa décision par le biais d'un avenant.

À titre d'illustration, il est notamment possible de citer un arrêt rendu le 6 octobre 2010 par la Cour de Cassation. Celle-ci précise que « *la création d'un échelon intermédiaire, à savoir un directeur service achats France, correspondait à la mise en place, dans le cadre d'une restructuration, d'un service des achats agrandi aux tâches et aux effectifs sans commune mesure avec le service achat auparavant traité par la salariée seule, et qu'il n'en résultait pas pour cette dernière de diminution du niveau des tâches qui lui étaient confiées au regard de sa qualification, ni par conséquent de modification du contrat de travail imposée par l'employeur qui justifierait la résiliation du contrat de travail aux torts de celle-ci*⁹⁵⁵ ». A contrario, si une diminution du niveau des tâches confiées à la salariée avait pu être relevée, une modification de son contrat de travail aurait dû être actée, l'employeur ne pouvant imposer unilatéralement une telle modification.

Dans un sens contraire, il est notamment possible de citer un arrêt rendu le 13 octobre 2010 par la chambre sociale de la Cour de Cassation⁹⁵⁶. En l'espèce, une salariée a été recrutée afin de réaliser la maquette d'un journal. Son employeur lui a demandé de réaliser des maquettes pour d'autres magazines édités cette fois par des sociétés tierces, ce qu'elle a refusé. La Cour indique que « *les nouvelles tâches que l'employeur avait demandé à la salariée d'exécuter n'étaient pas de nature différente de celles visées au contrat de travail et correspondaient à sa qualification de maquettiste, [il en a donc été justement] déduit qu'il ne s'agissait pas d'une modification de son contrat de travail et que son refus de les effectuer était fautif* ».

Il ressort de ces quelques exemples que l'employeur privé ne peut valablement imposer à un salarié d'effectuer des tâches distinctes de celles pour lesquelles il a été engagé,

⁹⁵⁵ Cass. soc., 6 octobre 2010, n°09-40.087.

⁹⁵⁶ Cass. soc., 13 octobre 2010, n°09-65.986.

ni même diminuer son niveau de responsabilité, sans rechercher son accord exprès. Il s'agit donc là d'une limite particulièrement importante au pouvoir de direction de l'employeur privé.

Par ailleurs, la durée du travail ne peut pas être modifiée unilatéralement par l'employeur puisque la durée des prestations accomplies pour le compte de l'employeur est considérée, de jurisprudence constante, comme un élément contractuel⁹⁵⁷. Il convient toutefois de noter que l'employeur peut imposer au salarié la réalisation d'heures supplémentaires⁹⁵⁸ sauf si leur caractère systématique et continu dénote d'une volonté de l'employeur de modifier le contrat ; dans ce cas de figure, il est nécessaire d'obtenir l'accord du salarié⁹⁵⁹.

Concernant la répartition du temps de travail « *sur la journée, la semaine, le mois, voire l'année [il s'agit là d'un pouvoir] très largement à la disposition de l'employeur (...) même si indirectement cette modification de la répartition du temps de travail a un impact sur la rémunération*⁹⁶⁰ ».

Par ailleurs, concernant le lieu d'exercice de la relation de travail, la jurisprudence a consacré le principe selon lequel le pouvoir de direction de l'employeur ne peut s'exercer que dès lors que le salarié est déplacé au sein d'un même secteur géographique⁹⁶¹.

⁹⁵⁷ En ce sens, voir notamment, et à titre d'illustration : Cass. soc., 23 janvier 2001, n°98-44.843, 98-45.287 et 98-45.318. La Cour précise que : « *la décision de l'employeur d'exiger un travail pendant cinq jours constituait une modification du contrat de travail [;] le refus d'une modification du contrat de travail ne peut constituer une faute* ».

⁹⁵⁸ En ce sens, et à titre d'illustration, voir notamment : Cass. soc., 20 mars 1961. *Dr. Soc.*, 1961, 424, note J. Savatier.

⁹⁵⁹ En ce sens, et à titre d'illustration, voir notamment : Cass. soc., 16 mai 1991, n°89-44.485.

⁹⁶⁰ AUZERO Gilles, DOCKES Emmanuel. *Droit du travail*. Paris : Dalloz, 28^e édition, 2013. 1556 p. p. 648. Les auteurs citent notamment, afin de justifier leur propos concernant la répartition du temps de travail, les arrêts suivants : Cass. soc., 22 février 2000, n°97-44.339. Ou encore : Cass. soc., 3 novembre 2011, *Société GSF Orion*, n°10-30-033. Dans ces deux espèces, la Cour précise que « *le changement d'horaire consistant dans une nouvelle répartition de l'horaire au sein de la journée, alors que la durée du travail et la rémunération restent identiques, constitue un simple changement des conditions de travail relevant du pouvoir de direction du chef d'entreprise* ». Concernant l'impact de cette répartition du temps de travail sur la rémunération, les auteurs citent l'arrêt suivant : Cass. soc., 30 mai 2012, n°11-10087. *Dr. ouvrier*, 2012, 659, note T. Durand (« *la réduction d'une heure de la durée du travail de nuit d'une salariée travaillant selon une durée de travail inchangée répartie entre le jour et la nuit ne [constitue] pas une modification du contrat de travail* »).

⁹⁶¹ En ce sens, voir notamment : Cass. soc., 20 octobre 1998, n°96-40.757. *Bull. civ. V*, n°431. La Cour de Cassation indique dans cet arrêt, rejetant le pourvoi et confirmant la position adoptée par la Cour d'Appel, que c'est à bon droit que « *la cour d'appel (...) a relevé que le déplacement de l'entreprise avait eu lieu à l'intérieur de la région parisienne, [et en a donc déduit] que l'employeur n'avait pas modifié le contrat de travail de la*

Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles, comme le relèvent Gilles AUZERO et Emmanuel DOCKES⁹⁶², l'employeur peut solliciter du salarié – dans le cadre de son pouvoir de direction – l'exercice de ses missions en dehors de ce secteur géographique, à condition qu'il ne s'agisse là que d'une demande temporaire⁹⁶³.

Concernant le salaire, l'employeur ne dispose d'aucun pouvoir de direction⁹⁶⁴. Ainsi, il lui est impossible de modifier unilatéralement la rémunération d'un salarié, même si la baisse est particulièrement faible⁹⁶⁵. Même si le nouveau mode de calcul de la rémunération du salarié est plus favorable que l'ancien, l'employeur doit obtenir son consentement⁹⁶⁶.

Toute décision de l'employeur, qui entrainerait indirectement une diminution de la rémunération du salarié – à l'exception de la modification de la répartition des heures de travail précédemment évoquée – ne peut ainsi pas être effectuée de manière unilatérale.

Comme nous avons pu le constater au travers de ces différents exemples, le pouvoir de direction de l'employeur privé est relativement restreint, et se limite aux seules modifications

salariée ». À titre d'illustration, il est également possible de citer : Cass. soc., 16 décembre 1998, *Bull. civ. V*, n°558. Ou encore : Cass. soc., 18 avril 2008, n°06-41.874, 06-41.875, 06-41.876 et 06-41.877.

⁹⁶² AUZERO Gilles, DOCKES Emmanuel. *Droit du travail*. Paris : Dalloz, 28^e édition, 2013. 1556 p. pp. 650-651.

⁹⁶³ Cass. soc., 3 février 2010, n°08-41412. *Droit ouvrier*, 2010, p. 359, note B. Lardy-Pélissier. *RDT*, 2010, 226, note J-Y. Frouin. La Cour de Cassation indique que « *si l'affectation occasionnelle d'un salarié en dehors du secteur géographique où il travaille habituellement ou des limites prévues par une clause contractuelle de mobilité géographique peut ne pas constituer une modification de son contrat de travail, il n'en est ainsi que lorsque cette affectation est motivée par l'intérêt de l'entreprise, qu'elle est justifiée par des circonstances exceptionnelles, et que le salarié est informé préalablement dans un délai raisonnable du caractère temporaire de l'affectation et de sa durée prévisible* ».

⁹⁶⁴ En ce sens, voir notamment : Cass. soc., 28 janvier 1998, n°95-40.275. *Bull. civ. V*, n°40. *RJS*, 1998, n°274, p. 168, obs. E. Dockès. La cour indique : « *que le mode de rémunération d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord, peu important que l'employeur prétende que le nouveau mode serait plus avantageux* ». Ou encore : Cass. soc., 9 janvier 2008, n°06-45.230. La Cour relève que : « *le salaire [du requérant] avait varié dans des proportions importantes sans que l'employeur puisse justifier d'un accord même implicite et que cette baisse de rémunération s'était accompagnée d'une modification des fonctions (...); [la cour d'appel] a pu en déduire, sans encourir les griefs du moyen, que l'employeur avait modifié unilatéralement le contrat de travail* ».

⁹⁶⁵ En ce sens, et à titre d'illustration, voir notamment : Cass. soc., 18 octobre 2006, n°05-41.643. La Cour y rappelle que « *la rémunération (...) du salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié, même de manière minime, sans son accord; qu'il en va de même du mode de rémunération prévu par le contrat* ».

⁹⁶⁶ En ce sens, et pour illustration, voir : Cass. soc., 5 mai 2010, n°07-45.409. La Cour rappelle que « *le mode de rémunération contractuel d'un salarié constitue un élément du contrat de travail qui ne peut être modifié sans son accord, peu important que le nouveau mode soit plus avantageux* ».

des conditions de travail du salarié. La modification de l'emploi, des tâches ou responsabilités confiées au salarié, de la durée ou du lieu de travail ou encore du salaire doit obligatoirement être précédée de l'accord exprès du salarié, sauf rares exceptions.

Dans le cadre d'une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial, l'employeur public se verrait contraint de se soumettre à de telles règles. Cela ne manquerait pas de produire de nombreux effets délétères puisque, comme nous le constaterons, les administrations territoriales disposent aujourd'hui de prérogatives bien plus importantes sur leurs agents que les employeurs privés sur leurs salariés.

3. Un pouvoir de direction des employeurs publics bien plus important :

Afin d'envisager l'étendue du pouvoir de direction des employeurs publics, il convient d'effectuer une distinction entre les agents titulaires (a) et les agents contractuels (b).

a) Le pouvoir de direction de l'employeur public sur les agents titulaires :

Les agents titulaires sont nommés dans un grade, qui est « *distinct de l'emploi [et qui] confère [uniquement] à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent*⁹⁶⁷ ». Sur cette base, « *l'autorité territoriale procède aux mouvements des fonctionnaires au sein de la collectivité ou de l'établissement*⁹⁶⁸ ». Il ressort de ces dispositions que les fonctionnaires territoriaux ne sont titulaires que de leur grade, pas de leur emploi.

Les administrations territoriales sont donc libres d'organiser comme elles le souhaitent leurs services et donc de procéder aux mouvements de fonctionnaires correspondant, sans même requérir leur approbation. Or, de tels mouvements peuvent influencer sur la nature des

⁹⁶⁷ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 12, alinéas 1 et 2.

⁹⁶⁸ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 52, alinéa 1^{er}.

tâches confiées à l'agent, sur les primes et indemnités perçues et donc sur le montant de son traitement voire même sur le lieu d'exécution de la mission. Nous examinerons successivement chacun de ces points, qui nous permettront d'établir la différence plus que manifeste entre le pouvoir de direction de l'employeur public et celui de l'employeur privé.

Comme nous l'avons vu, les fonctionnaires sont uniquement titulaires de leur grade. Ils sont donc susceptibles d'exercer n'importe quel emploi correspondant à ce grade. Dans le cas contraire, le juge administratif pourra prononcer l'annulation de la décision de nomination. À titre d'illustration, il est possible de citer un arrêt *Monsieur Algre*, rendu le 18 mai 2009 par le Conseil d'État⁹⁶⁹ concernant la fonction publique d'État, mais pouvant aisément trouver application en matière de fonction publique territoriale. En l'espèce, le requérant « a occupé à partir du 1^{er} août 2005 en qualité de sous-directeur les fonctions de chargé de mission auprès du préfet de police et a été mis à la disposition du préfet de police ». Le Conseil d'État relève cependant que « les fonctions qu'il a exercées ne [correspondaient] pas à celles d'un sous-directeur ». Dès lors, « l'administration était tenue de faire cesser cette situation » et donc de procéder au retrait de la nomination.

Cette garantie mise à part, un agent public peut occuper n'importe quel emploi relevant de son grade. Or, un même grade donne la possibilité d'occuper des emplois très divers. À titre d'exemple, nous nous attarderons plus précisément sur le cadre d'emploi des attachés territoriaux, qui comprend les grades d'attaché, d'attaché principal et de directeur territorial. Le décret n°87-1099 du 30 décembre 1987⁹⁷⁰, portant statut particulier du cadre d'emploi des attachés territoriaux, prévoit les diverses missions pouvant être dévolues aux titulaires de l'un de ses grades et permet, par voie de conséquence, d'envisager la variété des emplois qu'ils sont susceptibles d'occuper. Ainsi, les membres de ce cadre d'emploi « participent à la conception, à l'élaboration et à la mise en œuvre des politiques décidées dans les domaines administratif, financier, économique, sanitaire, social, culturel, de l'animation et de l'urbanisme. Ils peuvent ainsi se voir confier des missions, des études ou des fonctions comportant des responsabilités particulières, notamment en matière de gestion des ressources humaines, de gestion des achats et des marchés publics, de gestion financière et de contrôle de gestion, de gestion immobilière et foncière et de conseil juridique. Ils peuvent

⁹⁶⁹ CE, 18 mai 2009, *Monsieur Algre*, n°315031.

⁹⁷⁰ Décret n°87-1099 du 30 décembre 1987 portant statut particulier du cadre d'emplois des attaches territoriaux. *JORF*, 31 décembre 1987, p. 15689.

également être chargés des actions de communication interne et externe et de celles liées au développement, à l'aménagement et à l'animation économique, sociale et culturelle de la collectivité. Ils exercent des fonctions d'encadrement et assurent la direction de bureau ou de service⁹⁷¹ ». Il ressort de ces dispositions que les titulaires d'un grade du cadre d'emploi des attachés territoriaux peuvent se voir imposer des missions de nature très différentes, sans que leur accord ne soit à aucun moment recherché par l'autorité territoriale. En cela, le pouvoir de direction de l'administration territoriale est bien supérieur à celui de l'employeur privé qui ne pourrait procéder de la sorte sans solliciter l'accord de son salarié.

Des telles mobilités peuvent également conduire à une modification substantielle de la rémunération de l'agent, sans que son accord ne soit non plus recherché. Bien entendu, la rémunération d'un fonctionnaire territorial est déterminée par son grade et son échelon⁹⁷².

Toutefois, certaines primes sont attachées aux fonctions exercées et donc à l'emploi occupé par l'agent. Ainsi, et à titre d'exemple, il est possible de citer les indemnités horaires pour travaux supplémentaires (IHTS), dont le versement est conditionné à l'exercice d'« emplois dont les missions impliquent la réalisation effective d'heures supplémentaires⁹⁷³ », ou encore les indemnités forfaitaires pour travaux supplémentaires (IFTS) dont « les montants moyens annuels (...) sont fixés en fonction (...) de l'emploi de l'agent⁹⁷⁴ ». Il en va de même pour l'indemnité d'administration et de technicité (IAT), « majoré lorsque les personnels occupent des fonctions impliquant des responsabilités ou des sujétions particulières, ou lorsqu'ils sont affectés dans des zones géographiques dont l'attractivité insuffisante affecte les conditions d'exercice des fonctions⁹⁷⁵ » - et donc selon

⁹⁷¹ Ibidem, article 2, alinéa 2, dans sa rédaction issue de l'article 5 du décret n°2009-1411 (Décret n°2009-1411 du 17 novembre 2009 relatif aux emplois de direction des mairies d'arrondissement et de groupe d'arrondissements des communes de Lyon et de Marseille. *JORF*, 19 novembre 2009, n°0268, texte n°11).

⁹⁷² Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 20 alinéa 2 : « Le montant du traitement est fixé en fonction du grade de l'agent et de l'échelon auquel il est parvenu, ou de l'emploi auquel il a été nommé ».

⁹⁷³ Décret n°2002-60 du 14 janvier 2002 relatif aux indemnités horaires pour travaux supplémentaires. *JORF*, 15 janvier 2002, n°12, p. 838. Article 2.

⁹⁷⁴ Décret n°2002-62 du 14 janvier 2002 relatif à l'indemnité forfaitaire pour travaux supplémentaires des administrations centrales. *JORF*, 15 janvier 2002, n°12, p. 840. Article 2. Ce décret est applicable aux agents des collectivités territoriales sur la base de l'article 88 de la loi n°84-53 qui précise que « l'assemblée délibérante de chaque collectivité territoriale ou le conseil d'administration d'un établissement public local fixe les régimes indemnitaires dans la limite de ceux dont bénéficient les différents services de l'État ».

⁹⁷⁵ Décret n°2002-61 du 14 janvier 2002 relatif à l'indemnité d'administration et de technicité. *JORF*, 15 janvier 2002, n°12, p. 839. Article 4, alinéa 2. Une nouvelle fois, ce décret est applicable aux agents des collectivités territoriales sur la base de l'article 88 de la loi n°84-53.

l'emploi occupé par l'agent. Enfin, la nouvelle bonification indiciaire (NBI), qui « *est attachée à certains emplois comportant l'exercice d'une responsabilité ou d'une technicité particulière [et] cesse d'être versée lorsque l'agent n'exerce plus les fonctions y ouvrant droit*⁹⁷⁶ ».

La rémunération d'un agent territorial peut par conséquent grandement varier selon l'emploi qui lui est confié par son employeur territorial, et ce sans que son accord ne soit à aucun moment recherché. Toutefois, l'article 52 du statut de la fonction publique territoriale prévoit en cas de modification de la situation du fonctionnaire engendrée par un mouvement interne une obligation de consultation des commissions administratives paritaires (CAP). Même si cette formulation est des plus vagues, il nous semble qu'un changement d'affectation entraînant une modification importante du régime indemnitaire de l'agent doit être soumis à un tel avis, qui ne lie d'ailleurs pas l'autorité compétente⁹⁷⁷. Au surplus, en cas d'urgence, il est possible de ne solliciter l'avis de la CAP que postérieurement à la mutation⁹⁷⁸.

Le lieu d'exécution des missions du fonctionnaire territorial est défini en fonction de sa résidence administrative, et non selon le secteur géographique prévu par le droit du travail. Il n'existe aucune définition légale ou réglementaire de la notion de résidence administrative. Le Conseil d'État a toutefois tenté d'en préciser les contours au sein d'un arrêt rendu le 4 avril 2001 : « *considérant qu'en l'absence de toute disposition légale définissant la résidence administrative (...) il appartient au ministre, en sa qualité de chef de service, de déterminer, sous le contrôle du juge, les limites géographiques de la résidence administrative ; que si la résidence administrative s'entend en général de la commune où se trouve le service auquel est affecté l'agent, il en va différemment dans le cas où l'activité du service est organisée sur plusieurs communes (...) ; que, dans cette hypothèse, il incombe au ministre, sous le contrôle du juge, d'indiquer à ses services quelles communes constituent une résidence administrative*

⁹⁷⁶ Décret n°93-863 du 18 juin 1993 relatif aux conditions de mise en œuvre de la nouvelle bonification indiciaire dans la fonction publique territoriale. *JORF*, 25 juin 1993, n°145, p. 8979. Article 1^{er}.

⁹⁷⁷ En ce sens, et à titre d'illustration, sur l'engagement de la responsabilité d'une commune suite à une mutation entraînant une modification de la situation de l'agent, sans consultation d'une commission administrative paritaire : CAA Marseille, 20 décembre 2011, *Commune de La Ciotat*, n°07MA01441.

⁹⁷⁸ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 52, alinéa 2 : « *Dans le cas où il s'agit de remplir une vacance d'emploi compromettant le fonctionnement du service et à laquelle il n'est pas possible de pourvoir par un autre moyen, même provisoirement, la mutation peut être prononcée sous réserve d'examen ultérieur par la commission compétente* ».

*unique*⁹⁷⁹ ». Au sein d'un arrêt rendu le 14 mai 2003, la Cour Administrative d'Appel de Paris précise un peu plus encore cette notion, en considérant que « *la nouvelle résidence ou résidence administrative doit ainsi être déterminée par rapport au lieu où se situe le centre des intérêts matériels et moraux de l'agent concerné*⁹⁸⁰ ».

En tout état de cause, le changement de résidence administrative d'un fonctionnaire ne requiert pas – là encore – un quelconque accord de sa part. La seule garantie offerte aux agents placés dans une telle situation consiste également en la saisine d'une CAP, qui peut n'être que postérieure à la mutation en cas d'urgence⁹⁸¹.

Concernant le temps de travail, la situation est légèrement différente puisque l'avis du fonctionnaire doit être sollicité⁹⁸². En cas de refus d'une telle transformation, l'agent est transféré au centre de gestion de la fonction publique territoriale conformément aux dispositions de l'article 97 du statut de la fonction publique territoriale⁹⁸³ puisque le poste qu'il occupait précédemment sera considéré comme supprimé⁹⁸⁴. En outre, « *au cours de la période de prise en charge par le centre de gestion, l'intéressé perçoit la rémunération afférente à l'emploi (...) supprimé*⁹⁸⁵ ». S'agissant d'une suppression de poste, le comité technique est nécessairement saisi pour avis⁹⁸⁶.

Enfin, les fonctionnaires disposent d'une garantie supplémentaire dès lors que la mutation intervient à l'initiative de l'employeur – en d'autres termes, dès lors que l'employeur public fait usage de son pouvoir de direction. Systématiquement, de telles

⁹⁷⁹ CE, 4 avril 2001, *Delpech*, n°163087.

⁹⁸⁰ CAA Paris, 14 mai 2003, *Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, n°99PA02209.

⁹⁸¹ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 52.

⁹⁸² Et ce conformément aux dispositions de l'article 18 du décret du 20 mars 1991 (Décret n°91-298 du 20 mars 1991 portant dispositions statutaires applicables aux fonctionnaires territoriaux nommés dans des emplois permanents à temps non complet. *JORF*, 22 mars 1991, n°70, p. 3984).

⁹⁸³ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 97.

⁹⁸⁴ Décret n°91-298 du 20 mars 1991 portant dispositions statutaires applicables aux fonctionnaires territoriaux nommés dans des emplois permanents à temps non complet. *JORF*, 22 mars 1991, n°70, p. 3984. Article 18 alinéa 1^{er}.

⁹⁸⁵ *Ibidem*, article 18 alinéa 2.

⁹⁸⁶ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 97.

mutations doivent être prises dans l'intérêt du service même si elles le sont parfois également en considération de la personne même du fonctionnaire⁹⁸⁷. Dans ce dernier cas de figure, la communication du dossier personnel de l'agent est un préalable obligatoire⁹⁸⁸.

En tout état de cause, le juge administratif s'attarde sur la réalité du motif ayant poussé l'administration territoriale à procéder à la mutation en cause, qui est censurée dès lors qu'elle consiste en réalité en une sanction disciplinaire déguisée⁹⁸⁹. Il s'agit là de la seule véritable limite au pouvoir de direction de l'administration territoriale concernant ses agents titulaires.

b) Le pouvoir de direction de l'employeur public sur les agents contractuels :

Concernant les agents publics non titulaires des administrations territoriales, la situation est tout à fait différente. En effet, l'article 3 du décret n°88-145 prévoit que : « *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 13 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée, dont l'emploi relève. Ce contrat précise également les conditions d'emploi et de rémunération et les droits et obligations de l'agent*⁹⁹⁰ ». En d'autres termes, l'agent contractuel est recruté pour une tâche déterminée, un poste défini, et ne peut voir ses attributions changées sans que cela ne soit considéré comme la conclusion d'un nouveau contrat. Toute modification substantielle du contrat de l'agent est donc considérée comme équivalente à la conclusion d'un nouveau contrat, qui doit alors

⁹⁸⁷ En ce sens, et à titre d'illustration : CE, 10 juillet 1996, *Ville de Marseille*, n°119886. En l'espèce, la haute juridiction confirme qu'il est possible de procéder à une mutation dans l'intérêt du service, mais en considération de la personne du fonctionnaire muté « *dont le comportement affectait le bon fonctionnement du service placé sous son autorité* ». Il est également possible de citer : CAA Nantes, 4 octobre 2002, *Commune de Saint-Jean-de-la-Ruelle*, n°00NT01556. Ou encore : CAA Versailles, 17 juin 2010, *Département de la Seine-Saint-Denis*, n°09VE00717.

⁹⁸⁸ En ce sens, voir notamment : RIBOT Catherine. « Les mesures prises en considération de la personne dans le contentieux de la fonction publique ». *RDP*, 1996, p. 143.

⁹⁸⁹ En ce sens, et concernant les critères développés par la jurisprudence administrative pour qualifier une mutation de sanction disciplinaire déguisée : CHEVILLEY-HIVER Carole. « Mutation dans l'intérêt du service et sanction disciplinaire déguisée : critères de distinction ». *AJFP*, 2000, n°1, p. 35.

⁹⁹⁰ Décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi n°84-53 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. Article 3.

s'inscrire spécifiquement dans le cadre des exceptions au principe du recrutement statutaire évoqué en première partie de la présente thèse.

Une seule exception à ce principe existe. Elle concerne le montant de la rémunération des agents non titulaires. Il convient tout d'abord de préciser que l'article 136 de la loi n°84-53 rend applicable aux agents contractuels le principe selon lequel ils « *ont droit, après service fait, à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire. Les indemnités peuvent tenir compte des fonctions et des résultats professionnels des agents ainsi que de la performance collective des services. S'y ajoutent les prestations familiales obligatoires*⁹⁹¹ ». Ils n'ont toutefois pas droit à la NBI, même si leurs fonctions pourraient leur permettre d'y prétendre : une telle prime est en effet réservée aux seuls fonctionnaires⁹⁹².

En tout état de cause, il ressort des dispositions précitées que les agents contractuels sont rémunérés sur la base d'un indice. En cas d'évolution de la valeur du point d'indice, la rémunération de l'agent contractuel est automatiquement modifiée. Toutefois, se pose la question d'une modification plus conséquente qui serait décidée par l'autorité territoriale. Il convient, sur ce point, de distinguer les agents recrutés pour une durée déterminée de ceux recrutés à durée indéterminée. Pour ces derniers, l'article 1-2 du décret n°88-145 du 15 février 1988 prévoit que « *la rémunération des agents employés à durée indéterminée fait l'objet d'une réévaluation au moins tous les trois ans*⁹⁹³ ». Concernant les agents recrutés à durée déterminée, s'ils ne « *sauraient avoir un véritable déroulement de carrière et en aucun cas d'avancement de grade, leur niveau de rémunération peut toutefois être modifié (...) dans la mesure où la décision répond aux besoins du service et apparaît comme la contrepartie d'un accroissement des tâches, de la mise en œuvre de nouvelles techniques nécessitant une qualification accrue ou de l'acquisition d'une expérience professionnelle supérieure*⁹⁹⁴ ».

⁹⁹¹ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 20, alinéa 1^{er}.

⁹⁹² En ce sens, voir : Loi n°91-73 du 18 janvier 1991 portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales. *JORF*, 20 janvier 1991, n°18, p. 1048. L'article 27 de cette loi prévoit en effet que la NBI est réservée aux seuls fonctionnaires.

⁹⁹³ Décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi n°84-53 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. Article 1-2.

⁹⁹⁴ Rép. min. à la QE n°20766. *JOS (Q.)*, 13 août 1992, p. 1889.

Cette évolution de rémunération doit être limitée : dans le cas contraire, la jurisprudence considère qu'il s'agit là non d'un avenant mais de la passation d'un nouveau contrat, et est donc susceptible d'en prononcer l'annulation⁹⁹⁵. Une telle rigueur n'est cependant pas de mise concernant les contrats à durée indéterminée⁹⁹⁶.

Le pouvoir de direction de l'employeur public est par conséquent très limité en matière d'agents contractuels, puisque le strict respect des dispositions contractuelles est indispensable.

Il ressort de l'ensemble de ces observations que le pouvoir de direction de l'employeur public, concernant son effectif titulaire, est très largement supérieur au pouvoir de direction de l'employeur privé. Par conséquent, une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial ne manquerait pas de perturber gravement le fonctionnement des administrations territoriales, puisque celles-ci verraient l'étendue de leurs possibilités, concernant la majorité de leur personnel, très largement réduite. Il s'agit donc là encore d'un argument en défaveur d'une telle privatisation.

Au surplus, il convient de noter que les employeurs publics verraient les exigences portant sur les agents drastiquement réduites.

C. Un droit de l'emploi public administratif plus exigeant que le droit commun quant au comportement des agents :

Les exigences pesant sur les agents publics, du fait de la nature des emplois qu'ils ont vocation à occuper, sont particulièrement élevées. Ces exigences découlent en grande majorité des dispositions du chapitre IV de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983⁹⁹⁷ et concernent

⁹⁹⁵ En ce sens, et à titre d'illustration : CE, 25 novembre 1998, *Préfet de Corse contre Cianfarani*, n°151067. *AJDA*, 1998, p. 1047.

⁹⁹⁶ En ce sens, et à titre d'illustration : CAA Paris, 18 janvier 2005, *Région Île-de-France*, n°02PA01686. *CTI*, 2005, n°4, comm. 67, comm. P. Bentolila. *AJDA*, 2005, p. 854.

⁹⁹⁷ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Articles 25 et suivants. On notera également l'apport de la loi du 20 avril 2016, qui a notamment

n'importe quel agent, quel que soit son emploi. Il y a donc une uniformisation des exigences pesant sur les agents, sans qu'aucune stipulation ou précision quelconque ne soit nécessaire.

Concernant les exigences pesant sur les salariés relevant du droit privé, elles découlent quant à elles directement des dispositions de l'article 1104 du code civil, aux termes duquel les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Ce principe est d'ailleurs repris au sein de l'article L1222-1 du code du travail. Également, de telles exigences peuvent figurer au sein d'un règlement intérieur⁹⁹⁸.

Une première difficulté ne manquerait pas de se présenter en cas de privatisation de l'emploi public administratif territorial : l'uniformité des exigences pesant aujourd'hui sur les agents publics volerait en éclat puisque chaque contrat de recrutement, chaque règlement intérieur, devrait prévoir l'étendue des obligations pesant sur l'agent. Il y aurait donc nécessairement une perte d'uniformité. Au surplus, certaines des exigences pesant sur ces derniers ne pourraient pas être tolérées par le droit commun du travail.

Afin de comparer les obligations pesant sur les agents publics et les salariés relevant du droit privé, il nous semble donc nécessaire de comparer chacune des obligations pesant sur les agents publics avec les possibilités offertes par le droit privé. À titre liminaire, il conviendra tout d'abord de remarquer que le devoir d'obéissance hiérarchique est une constante de toute activité subordonnée, qu'elle soit publique ou privée (1). Nous nous attarderons ensuite sur les obligations qui devraient nécessairement faire soit l'objet d'aménagements contractuels, soit de précisions au sein du règlement intérieur (2). Enfin, nous examinerons les obligations pesant sur les agents publics manifestement incompatibles avec le droit privé (3).

introduit une nouvelle rédaction de ce chapitre (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).

⁹⁹⁸ En ce sens : voir articles L1321-1 et suivants du code du travail.

1. Le devoir d'obéissance hiérarchique, constante de toute activité subordonnée :

À titre liminaire, il convient de noter que le devoir d'obéissance hiérarchique constitue une constante de toute activité subordonnée, qu'elle soit publique ou privée. Cette observation semble triviale, tant il nous semble complexe d'imaginer la possibilité de mettre en œuvre des activités si aucun devoir d'obéissance ne pesait sur les travailleurs.

Ainsi, les agents publics sont soumis à un devoir d'obéissance hiérarchique, comme le précise l'article 28 de la loi n°83-634⁹⁹⁹. La seule exception, contenue au sein de ce même article, consiste en une obligation de refuser tout ordre manifestement illégal.

Le devoir d'obéissance hiérarchique des agents publics trouve un pendant en droit privé du travail : le lien de subordination. Cette notion a été définie par la Cour de Cassation au sein d'un arrêt rendu le 13 novembre 1996 : « *le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné*¹⁰⁰⁰ ». Nous retrouvons donc également, en matière de droit privé, un devoir d'obéissance hiérarchique.

Si cette obligation est commune aux droits public et privé du travail, il s'agit là de la seule véritable obligation commune à l'ensemble des salariés et des agents publics.

⁹⁹⁹ Ibidem, article 28 : « *Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public. / Il n'est dégagé d'aucune des responsabilités qui lui incombent par la responsabilité propre de ses subordonnés* ».

¹⁰⁰⁰ Cass. soc., 13 novembre 1996, n°94-13187. *Dr. Soc.*, 1996, 067, note J.-J. Dupeyroux. *JCP E*, 1997, II, 911, note J. Barthélémy.

2. *Les obligations pesant sur les agents publics compatibles avec le droit privé sous réserve d'aménagements contractuels ou de dispositions spécifiques du règlement intérieur :*

Certaines obligations pesant sur l'ensemble des agents publics, quelle que soit la nature de leur emploi, pourraient trouver à s'appliquer en cas de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial. Cependant, pour ce faire, il serait nécessaire de faire figurer ces obligations au sein des contrats de recrutement, ou encore au sein d'un règlement intérieur.

À ce titre, il convient de citer l'obligation de consacrer l'intégralité de son temps de travail à son employeur (a), l'obligation de discrétion et de secret professionnel (b), le respect du principe de laïcité (c) et enfin le respect d'un principe de neutralité politique (d).

Même si toutes ces obligations pourraient être traduites en cas de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial, l'obligation de les faire figurer soit dans le contrat de travail, soit dans le règlement intérieur, conduirait inexorablement à la perte d'unité des obligations des agents publics, telle qu'elle est aujourd'hui en vigueur. Cela ne manquerait pas de produire des effets délétères pour les employeurs territoriaux, qui ne pourraient plus être en mesure de se référer à un corpus d'obligations unique et partagé par l'ensemble des agents publics.

a) L'obligation de consacrer l'intégralité de son temps de travail à son employeur :

Il convient, en premier lieu, d'évoquer l'obligation pour tout agent public de consacrer l'intégralité de son activité à sa mission de service public. Cette obligation ressort clairement des dispositions de l'article 25 septies de la loi n°83-634 : « *le fonctionnaire consacre l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées. Il ne peut exercer, à titre professionnel, une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit*¹⁰⁰¹ ». Les

¹⁰⁰¹ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 25 septies.

agents titulaires sont-ils seuls concernés par cette obligation ? L'article 25 de la loi n°83-634, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires¹⁰⁰², imposait une telle obligation tant « *aux fonctionnaires [qu'aux] agents non titulaires de droit public*¹⁰⁰³ ». À notre sens, il s'agit plutôt là d'une maladresse rédactionnelle de la loi du 20 avril 2016 : une telle obligation nous paraît également devoir être respectée par les agents non titulaires de droit public. Il découle donc de ces dispositions une interdiction générale, pour tout agent public, de cumuler une activité publique et une activité privée.

Une telle interdiction n'est toutefois pas absolue, puisque de nombreuses exceptions et aménagements sont prévus au sein de l'article 25 septies de la loi n°83-634. Principalement, on notera qu'un cumul d'activité temporaire est possible lorsqu'un dirigeant de société ou d'association à but lucratif intègre la fonction publique ou - inversement - lorsqu'un agent public entend créer ou reprendre une entreprise¹⁰⁰⁴. Le cumul d'activité peut également être autorisé lorsque l'agent « *occupe un emploi permanent à temps non complet ou incomplet pour lequel la durée du travail est inférieure ou égale à 70 % de la durée légale ou réglementaire du travail. La dérogation fait l'objet d'une déclaration à l'autorité hiérarchique dont l'intéressé relève pour l'exercice de ses fonctions*¹⁰⁰⁵ ». Enfin, plus généralement, il est prévu que « *le fonctionnaire peut être autorisé par l'autorité hiérarchique dont il relève à exercer à titre accessoire une activité, lucrative ou non, auprès d'une personne ou d'un organisme public ou privé dès lors que cette activité est compatible avec les fonctions qui lui sont confiées et n'affecte pas leur exercice (...). Il peut notamment être recruté comme enseignant associé*¹⁰⁰⁶ » mais aussi que « *les membres du personnel enseignant, technique ou*

¹⁰⁰² 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.

¹⁰⁰³ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 25, dans sa rédaction antérieure à la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires : « *les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées. Ils ne peuvent exercer à titre professionnel une activité privée lucrative de quelque nature que ce soit* ».

¹⁰⁰⁴ Ibidem, article 25 septies : « *Il est dérogé à l'interdiction d'exercer à titre professionnel une activité privée lucrative (...) lorsque le dirigeant d'une société ou d'une association à but lucratif, lauréat d'un concours ou recruté en qualité d'agent contractuel de droit public, continue à exercer son activité privée pendant une durée d'un an, renouvelable une fois, à compter de son recrutement ; également () le fonctionnaire qui occupe un emploi à temps complet peut, à sa demande, être autorisé par l'autorité hiérarchique dont il relève à accomplir un service à temps partiel pour créer ou reprendre une entreprise et à exercer, à ce titre, une activité privée lucrative* ».

¹⁰⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁰⁶ Ibidem.

*scientifique des établissements d'enseignement et les personnes pratiquant des activités à caractère artistique peuvent exercer les professions libérales qui découlent de la nature de leurs fonctions*¹⁰⁰⁷ ».

Un salarié est-il dans l'obligation de consacrer l'intégralité de son temps de travail à son employeur ou peut-il cumuler plusieurs emplois ? Chaque individu est libre de travailler pour l'employeur de son choix. Il s'agit là d'une liberté à valeur constitutionnelle¹⁰⁰⁸. Par principe, un salarié a donc le droit de cumuler plusieurs emplois.

Toutefois, cette liberté peut être limitée par voie contractuelle. Obligatoirement écrite¹⁰⁰⁹, une telle clause dite d'exclusivité n'est valable que si elle est « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché*¹⁰¹⁰ ». Il en va de même pour « *la clause par laquelle l'employeur soumet l'exercice, par le salarié (...), d'une autre activité professionnelle, à une autorisation préalable [qui elle aussi] n'est valable que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et si elle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché*¹⁰¹¹ ».

En d'autres termes, il serait tout à fait possible en cas de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial de contraindre les agents à solliciter de leur employeur une autorisation préalable avant tout cumul d'activités.

Une telle obligation devrait toutefois être justifiée par la préservation légitime d'intérêts publics. Si nous concevons bien que cela pourrait être le cas pour les agents ayant des responsabilités particulièrement importantes, nous pouvons sérieusement douter qu'il y

¹⁰⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁰⁸ Cons. Const., 20 juillet 1988, n°88-244 DC. *Dr. Soc.*, 1988, p. 762. En ce sens, voir notamment le point n°22 de cette décision.

¹⁰⁰⁹ Dans le cas contraire, et fort logiquement, la jurisprudence considère que le salarié est libre de travailler, en dehors de ses heures de travail, pour un autre employeur : Cass. soc., 10 novembre 1998, n°96-42.776. *Bull. civ. V*, 1998, n°480.

¹⁰¹⁰ Cass. soc., 11 juillet 2000, n°98-43240. *Bull. civ. V*, 2000, n°276 et 277. *RJS*, 2000, n°1155. *Dr. Soc.*, 2000, p. 1141, obs. J. Mouly. *JSL*, 2000, n°65, p. 11, note M. Hautefort. *Les cahiers sociaux du barreau de Paris*, 2000, A. 42, n°123, p. 699, obs. F.-J. Pansier. *TPS*, 2000, comm. 312.

¹⁰¹¹ Cass. soc., 16 septembre 2009, n°07-45346. *Bull. civ. V*, 2009, n°184. *JCP S*, 2009, 1532, note I. Beyneix.

aurait un intérêt légitime à priver de la possibilité de cumuler plusieurs emplois les agents cantonnés dans des emplois d'exécution.

Au surplus, et considérant que cette obligation devrait être fixée par voie contractuelle, la situation des agents publics perdrait son uniformité, élément pouvant se révéler problématique dans la gestion du personnel.

b) L'obligation de discrétion et de secret professionnel :

Il convient, dans un second temps, de nous attarder sur l'obligation de discrétion et de secret professionnel. Selon l'article 26 de la loi n°83-634, les agents publics sont tenus au secret professionnel, ainsi qu'à la discrétion « *pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions* ». Ils « *ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent*¹⁰¹² ». Les agents publics doivent toutefois satisfaire aux demandes d'information du public, dans le cadre des limites précitées¹⁰¹³.

Existe-t-il un pendant à cette obligation en matière de droit privé ? En réalité, « *le contrat de travail assure ipso facto une protection à l'entreprise. En effet, ce contrat, comme toute convention légalement formée, doit être exécuté de bonne foi [ce qui doit conduire le salarié] à s'abstenir de faire connaître à des tiers des informations concernant l'entreprise qui présenteraient un caractère confidentiel*¹⁰¹⁴ ».

On peut dès lors s'interroger sur l'intérêt d'introduire au sein de certains contrats des clauses de confidentialité. Elles permettent en réalité surtout d'attirer l'attention du salarié sur

¹⁰¹² Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 26.

¹⁰¹³ Ibidem, article 27.

¹⁰¹⁴ LECLERC Olivier. « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail ». *Dr. Soc.*, 2005, p. 173.

la portée de son obligation, éventuellement d'en circonscrire les contours, mais aussi d'en faire perdurer les effets à l'issue du contrat de travail¹⁰¹⁵.

Dans notre hypothèse de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial, il nous semble tout de même qu'il serait nécessaire de préciser, au sein de chacun des contrats des agents publics, l'étendue de cette obligation. Il s'agirait là de la seule technique permettant de conférer à cette obligation de discrétion et de secret professionnel une portée générale. Dans le cas contraire, tout agent qui cesserait d'être employé par la personne publique serait délié de cette obligation. Au surplus, il conviendrait de déterminer précisément, au sein de chacun des contrats, l'étendue de l'information des usagers et de décrire précisément quels documents doivent être confidentiels.

Une nouvelle fois, considérant que les contours de cette obligation devraient être fixés par voie contractuelle, la situation des agents publics perdrait son uniformité, ce qui ne manquerait pas de perturber la gestion du personnel.

c) Le respect du principe de laïcité :

Enfin, il convient de s'attarder sur le respect du principe de laïcité, qui s'impose à tout agent public. Ainsi, *« le fait pour un agent [public] de manifester dans l'exercice de ses fonctions ses croyances religieuses, notamment en portant un signe destiné à marquer son appartenance à une religion, constitue un manquement à ses obligations ; les suites à donner à ce manquement, notamment sur le plan disciplinaire, doivent être appréciées par l'administration sous le contrôle du juge, compte tenu de la nature et du degré de caractère ostentatoire de ce signe, comme des autres circonstances dans lesquelles le manquement est constaté¹⁰¹⁶ »*. La violation d'un tel principe, désormais repris au sein de l'article 25 alinéa 3

¹⁰¹⁵ Ibidem : *« L'intérêt des clauses de confidentialité ne tient pas seulement à la précision qu'elles apportent quant au contenu obligationnel du contrat. Elles permettent éventuellement de faire perdurer la confidentialité attachée à certaines informations au-delà du terme du contrat de travail »*.

¹⁰¹⁶ CE, avis, 3 mai 2000, *Marteaux*, n°217017. *Leb.*, p. 169. *AJDA*, 2000, p. 673, chron. M. Guyomar et P. Colin. *Gaz. cnes*, 12 juin 2000, p. 68, concl. R. Schwartz. *RRJ*, 2001, p. 2107, note G. Armand. *DA*, 2000, comm. 189. *D.*, 2000, p. 747, note G. Koubi.

du statut général de la fonction publique¹⁰¹⁷, est donc notamment de nature à justifier un licenciement ou une révocation¹⁰¹⁸. Il est d'ailleurs à noter que si le signe porté par l'agent n'est pas ostensiblement religieux, mais que le comportement de l'agent à son égard lui confère cette qualité, l'interdiction est également maintenue¹⁰¹⁹.

Au surplus, le non-respect du principe de laïcité a pu être considéré comme portant atteinte à l'honneur professionnel de l'agent¹⁰²⁰.

Concernant le respect du principe de laïcité, le droit privé semble s'accorder avec les exigences du droit public. Il a en effet déjà été jugé que la neutralité générale pouvait tout à fait être exigée par un employeur privé, dès lors que celui-ci gère un service public. Ainsi, la Cour de Cassation a déjà eu l'occasion de préciser que « *la restriction instaurée par le règlement intérieur (...) était nécessaire à la mise en œuvre du principe de laïcité de nature à assurer aux yeux des usagers la neutralité du service public*¹⁰²¹ ». Au surplus, concernant les employeurs privés n'exerçant aucune mission de service public, la haute juridiction a adopté une position similaire. Ainsi, au sein du célèbre arrêt *Baby Loup*, la Cour de Cassation – pour justifier le licenciement d'une salariée refusant de retirer un signe religieux sur son lieu de travail, conformément au règlement intérieur – a affirmé que « *la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché*¹⁰²² ».

¹⁰¹⁷ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 25, alinéa 3 : « *Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. À ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses* ».

¹⁰¹⁸ En ce sens, et à titre d'illustration, voir notamment : CAA Versailles, 23 février 2006, *Rachida E. contre Commune de Guyancourt*, n°04VE03227. *JCP A*, 2006, 1165, chron. J. Grand d'Esnon.

¹⁰¹⁹ En ce sens, et à titre d'illustration, voir notamment : CAA Versailles, 6 octobre 2011, *Adberahim*, n°09VE02048. La Cour remarque que : « *[la requérante] ne conteste pas avoir porté (...) un bandana [destiné] à marquer manifestement son appartenance à une religion ; que, [cela] ne saurait l'exonérer du nécessaire respect du principe de neutralité à l'égard des usagers du service public* ».

¹⁰²⁰ En ce sens, et à titre d'illustration, voir notamment : CAA Lyon, 27 novembre 2003, *Nadjet Ben Abdallah*, n°03LY0192. *AJDA*, 2004, p. 154, note F. Melleray. *AJFP*, 2004, n°3, p. 88, obs. J. Mekhantar, comm. F. Lemaire. La Cour précise que : « *les faits qui ont motivé la sanction contestée d'exclusion temporaire des fonctions, tels qu'ils ressortent de l'instruction, et qui ont consisté à porter un signe ostensible d'appartenance à une religion et à refuser, de façon réitérée, d'obéir aux ordres d'avoir à l'enlever, sont contraires à l'honneur professionnel* ».

¹⁰²¹ En ce sens, voir notamment : Cass. soc., 19 mars 2013, *CPAM de Seine-Saint-Denis*, n°12-11690.

¹⁰²² Cass. ass. plén., 25 juin 2014, *Baby Loup*, n°13-28369. *AJDA*, 2014, p. 1293. *AJDA*, 2014, p. 1842, note S. Mouton et T. Lamarche. *D.*, 2014, p.1386. *D.*, 2014, p. 1536, entretien. C. Radé. *AJCT*, 2014, p. 511, obs. F. de

Il convient cependant de remarquer que cette obligation de respecter le principe de laïcité n'est pas automatique pour les salariés, comme elle peut l'être aujourd'hui pour les agents publics. En effet, il est nécessaire qu'une telle obligation soit précisée au sein du règlement intérieur.

Même s'il n'y aurait – semble-t-il – aucune difficulté pour exiger des agents publics le respect du principe de laïcité en cas de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial, cette obligation devrait nécessairement figurer au sein d'un règlement intérieur. Là encore, et suivant les formulations employées par les administrations territoriales, le risque d'une perte d'uniformité des obligations pesant sur les agents publics est latent.

d) L'obligation de neutralité politique :

La neutralité politique des agents publics fait également partie de leurs obligations¹⁰²³. Ainsi, il leur est strictement interdit de se livrer à des activités de propagande au sein de leur service¹⁰²⁴. Plus généralement, l'obligation de neutralité pesant sur les agents publics les oblige à être impartiaux dans l'ensemble des actes accomplis dans le cadre de leurs fonctions. Tout parti pris d'un agent public – toute partialité – serait de nature à entraîner l'illégalité de l'ensemble des actes pris sur ce fondement¹⁰²⁵.

la Morena. *AJCT*, 2014, p. 337, tribune F. de la Morena. *Dr. Soc.*, 2014, p. 811, étude J. Mouly. *RTD civ.*, 2014, p. 630, obs. J. Hauser. *RFDA*, 2014, p. 954, note P. Delvolvé.

¹⁰²³ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 25, alinéa 2 : « Dans l'exercice de ses fonctions, [le fonctionnaire] est tenu à l'obligation de neutralité ».

¹⁰²⁴ Sur ce point, et à titre d'illustration : CE, 22 novembre 2004, *Ministre de l'Éducation Nationale contre Adam*, n°244515. *JCP A*, 2005, 1040.

¹⁰²⁵ En ce sens, et à titre d'illustration, voir notamment : CE, 4 mars 1964, *Dame Veuve Borderie. Leb.*, p. 157. Ou encore : CE, 31 octobre 1973, *Gille. Leb.*, p. 605. Ou encore : CE, 13 novembre 1989, *Ministre de l'Éducation Nationale contre Navarro*, n°73836. Plus généralement, sur ce point, voir notamment : Houser Matthieu. « Commentaire du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires ». *RLCT*, 2013, n°95, pp.16-19. p. 17.

Concernant l'engagement politique, les salariés sont protégés par un principe de liberté d'opinion. Celui-ci peut cependant être réduit par voie contractuelle, dès lors que le particularisme des fonctions exercées le justifie¹⁰²⁶.

Pourrait-on considérer sur cette base, et en cas de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial, qu'il serait possible de limiter la liberté d'opinion des agents travaillant pour le compte d'un employeur public ? La spécificité des fonctions qu'ils exercent nous permet de le penser. Toutefois, il serait une nouvelle fois nécessaire de préciser cette disposition au sein du contrat de travail. Il n'y aurait dès lors plus de principe à portée générale concernant l'ensemble des agents administratifs.

3. Les obligations pesant sur les agents publics manifestement incompatibles avec le droit privé :

Enfin, certaines des obligations pesant sur les agents publics sont manifestement incompatibles avec le droit privé. À ce titre, il nous semble nécessaire d'examiner successivement la limitation de la liberté d'expression imposée aux agents publics, qui ne pourrait trouver à s'appliquer en matière de droit privé (a) ; il en va de même pour l'obligation de dignité qui pèse sur eux (b).

a) La limitation de la liberté d'expression :

Dans un premier temps, il convient de noter que la liberté d'expression des fonctionnaires, pourtant garantie par l'article 6 de la loi n°83-634¹⁰²⁷, n'est pas absolue. Ceux-ci doivent en effet respecter un devoir de réserve, qui leur interdit de tenir publiquement des

¹⁰²⁶ En ce sens, et à titre d'illustration, voir : Cass. soc., 28 avril 2006, n°03-44527.

¹⁰²⁷ Ibidem, article 6 alinéa 1^{er} : « *La liberté d'opinion est garantie aux fonctionnaires* ».

propos négatifs et outranciers sur leurs supérieurs hiérarchiques ou même, plus généralement, sur leur administration¹⁰²⁸.

Les obligations pesant sur les salariés en ce domaine sont bien moindres.

À titre liminaire, le code du travail, au sein de son article L1121-1 prévoit que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». L'article L2281-1 de ce même code insiste sur ce point en indiquant que « *les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail* ». L'article L2281-3 précise quant à lui que « *les opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement* ».

La Cour de Cassation s'est donc, sur ces bases, montrée particulièrement protectrice de la liberté d'expression des salariés. Ainsi, au sein d'un arrêt *Clavaud* rendu le 28 avril 1988, la haute juridiction a pu préciser que « *l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant, en principe, dépourvu de sanction, il ne pouvait en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude*¹⁰²⁹ ». La Cour de Cassation a ensuite précisé sa position, indiquant que « *le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression, qu'il ne peut être apporté à celle-ci que des restrictions justifiées par la*

¹⁰²⁸ En ce sens, et à titre d'illustration, voir notamment : CE, 24 septembre 2010, *Girot de Langlade*, n°333708. *AJFP*, 2011, p. 46. Il s'agit là d'un arrêt relatif à la fonction publique d'État, mais aisément transposable en matière territoriale. La haute juridiction indique « *qu'en tenant publiquement, à la suite de la mesure de suspension de ses fonctions dont il avait fait l'objet, des propos polémiques virulents à l'égard du ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, [le requérant] a manqué aux obligations particulières de réserve et de loyauté auxquelles il était tenu en sa qualité de préfet ; que ces faits étaient de nature à justifier une sanction disciplinaire* ». Ou encore, concernant la fonction publique hospitalière – faits encore une fois transposable en matière de fonction publique territoriale : CAA Marseille, 27 septembre 2011, *CHRU de Montpellier*, n°09MA02175. *AJDA*, 2011, p. 2112, chron. M. Lopa-Dufrénot. La Cour précise « *qu'un agent public ne peut (...) être sanctionné lorsqu'il est amené à dénoncer publiquement des faits de harcèlement moral dont il est la victime ou le témoin, même si la relation de tels faits est par elle-même de nature à jeter le discrédit sur l'administration ; que cet agent doit cependant veiller à ne pas accroître abusivement ce discrédit, en se livrant à des descriptions ou critiques qui déborderaient, par leur tonalité ou leur contenu, le cadre dans lequel les faits de harcèlement moral se sont produits, le cercle des personnes impliquées dans ce harcèlement moral, et le contexte qui l'a rendu possible ; que le maintien, dans cette mesure, du devoir de réserve de l'intéressé, dont la méconnaissance pourrait, le cas échéant, donner lieu à sanction disciplinaire, sous le contrôle du juge, n'est pas contraire aux dispositions législatives précitées* ».

¹⁰²⁹ Cass. soc., 28 avril 1988, *Clavaud*, n°87-41804. *Dr. ouvrier*, 1988, 250, concl. H. Ecoutin, note A. Jeammaud et M. Le Friant.

*nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché*¹⁰³⁰ ». Les seules limites apportées à ce principe reposent sur l'abus de droit et sont constituées lorsque le salarié emploie des « *termes injurieux, diffamatoires ou excessifs*¹⁰³¹ ». Si la diffamation et l'injure constituent des infractions pénales dont le contour est aisément compréhensible¹⁰³², il n'en va pas de même pour l'excès. Sur ce point, la jurisprudence reconnaît aux salariés le droit de critiquer leur entreprise ou leurs supérieurs hiérarchiques¹⁰³³ même si des termes vifs sont employés¹⁰³⁴. À titre d'illustration, un salarié qui se confie à un journaliste sur ses conditions de travail, propos ensuite publiés, ne commet aucun excès¹⁰³⁵. Il en va de même pour un salarié faisant parvenir à un journal satirique une lettre dénonçant l'attitude de sa hiérarchie¹⁰³⁶. Il y a donc sur ce point une différence particulièrement importante avec le droit de l'emploi public administratif, qui proscrit ce genre de pratiques et limite fortement la liberté d'expression des agents publics.

Dans le cadre de notre hypothèse de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial, ne pourrait-on pas considérer que les agents publics pourraient

¹⁰³⁰ Cass. soc., 14 décembre 1999, n°97-41995.

¹⁰³¹ Ibidem.

¹⁰³² La diffamation et l'injure sont définies par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 (Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. *JORF*, 30 juillet 1881, p. 4201). La diffamation non publique est réprimée par l'article R621-1 du code pénal. La diffamation publique est réprimée par l'article 32 de la loi du 29 juillet 1881. L'injure non publique est réprimée par l'article R621-2 du code pénal. L'injure publique est réprimée par l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

¹⁰³³ Les exemples jurisprudentiels sont sur ce point particulièrement nombreux. De nombreux exemples sont cités par Gilles AUZERO et Emmanuel DOCKES au sein de leur précis de droit du travail (AUZERO Gilles, DOCKES Emmanuel. *Droit du travail*. Paris : Dalloz, 28^e édition, 2013. 1556 p. p. 692). Ainsi, et à titre d'exemple : Cass. soc., 14 décembre 1999, n°97-41995 ; Cass. soc., 15 décembre 2009, n°08-44222 ; Cass. soc., 16 juin 2010, n°09-40065 ; Cass. soc., 19 octobre 2010, n°09-42190 ; Cass. soc., 27 mars 2013, n°11-19734.

¹⁰³⁴ En ce sens, et à titre d'illustration, voir : Cass. soc., 13 février 2008, n°06-41500. La Cour précise que : « *le salarié se plaignait d'être sans mission depuis plusieurs mois, avait demandé à son supérieur hiérarchique de remédier à cette situation en des termes qui, pour être vifs, n'excédaient pas la liberté d'expression dont jouit tout salarié dans l'entreprise* ».

¹⁰³⁵ Cass. soc., 28 avril 1988, *Clavaud*, n°87-41804. *Dr. ouvrier*, 1988, 250, concl. H. Ecoutin, note A. Jeammaud et M. Le Friant.

¹⁰³⁶ Cass. soc., 5 mai 1993, n°90-45.893. Au sein de cette espèce, le salarié « *a adressé (...) au journal « Le Canard enchaîné » une lettre, dont il a fait parvenir le lendemain une copie au directeur de l'UNEDIC, dans laquelle il stigmatise, photocopies de notes de service à l'appui, l'attitude de ses supérieurs qui lui réclament des justificatifs pour toute absence, même s'ils en connaissent le motif ; que le contenu de cette lettre et le choix du destinataire établissent la volonté de son auteur de ridiculiser sa hiérarchie, même si le but recherché n'était que de défendre ce qu'il estimait être ses droits ; [cependant, cette lettre], exclusive de tout terme méprisant ou injurieux, se borne à exprimer la protestation du salarié contre l'exigence, jugée excessive par lui, de justifications de ses absences par son employeur ; qu'en décidant que l'envoi de cette lettre à un journal caractérisait une faute grave, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

voir leur liberté d'expression réduite en raison de la nature des tâches qui leurs sont confiées¹⁰³⁷ ? Il s'agit d'une possibilité envisageable, mais sur laquelle nous nous montrerons particulièrement prudents. En effet, il ne semble pas – suivant les principes émis par le code du travail – qu'une activité administrative soit de nature à rendre indispensable une limite à la liberté d'expression telle qu'elle est aujourd'hui conçue par le droit public. Si la limite à l'expression politique est, comme nous l'avons vu, envisageable, l'interdiction de critiquer une situation de travail, voire même les agissements d'un supérieur hiérarchique, ne semble pas pouvoir être justifiée par la nature des tâches accomplies.

Il s'agit donc là, à notre sens, d'un élément supplémentaire en défaveur de la privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial.

b) L'obligation de dignité :

Enfin, les administrations publiques sont en droit d'attendre de leurs agents une certaine dignité dans leur comportement¹⁰³⁸, qu'ils soient en service ou même dans le cadre de leur vie privée. Nous nous attarderons ici spécifiquement sur l'obligation de dignité pesant sur les agents publics dans le cadre de leur vie privée, et ce en raison de la spécificité de cette obligation. On notera immédiatement « *la difficulté qu'il y a à donner une définition en bonne et due forme de la notion de dignité, tant celle-ci est floue et polysémique*¹⁰³⁹ ».

L'obligation de dignité reposant sur les agents publics entraîne la possibilité, pour les administrations, de sanctionner disciplinairement des faits de la vie privée des agents publics ayant par ailleurs donné lieu à une condamnation pénale. L'article 5 de la loi n°83-634 exige ainsi notamment d'un fonctionnaire qu'il jouisse de ses droits civiques ou encore que les mentions portées au bulletin n°2 de son casier judiciaire ne soient pas incompatibles avec

¹⁰³⁷ Cette exception est prévue, comme précédemment indiqué, au sein de l'article L1121-1 du code du travail.

¹⁰³⁸ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 25, alinéa 1^{er} : « *le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité* ». Il nous semble qu'il soit là encore nécessaire de considérer cette obligation comme applicable à l'ensemble des agents soumis au droit de l'emploi public administratif, et non seulement aux agents titulaires.

¹⁰³⁹ CANEDO-PARIS Marguerite. « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé ». *RFDA*, 2008, n°5, p. 979.

l'exercice de ses fonctions¹⁰⁴⁰. Ainsi, fort logiquement, la condamnation pénale d'un agent public, même pour des faits relatifs à sa vie privée, peut justifier une sanction disciplinaire allant jusqu'à la révocation dès lors que leur « *gravité est à elle seule incompatible avec l'exercice des fonctions publiques exercées par l'agent. Dans cette hypothèse, l'absence de publicité des faits commis par l'agent est indifférente. Ce sont les excès commis par l'agent qui se révèlent inconciliables avec le service*¹⁰⁴¹ ». Le critère retenu est donc l'incompatibilité entre les faits commis par l'agent, quelles qu'en soient les circonstances, et l'exercice d'une fonction publique.

Qu'en est-il des actes de la vie privée exclusifs de toute sanction pénale ? A priori, il semble possible de considérer que l'administration n'a pas à connaître des comportements de ses agents n'ayant aucun lien avec le service dès lors qu'ils ne sont pas pénalement répréhensibles. Tel n'est toutefois pas le cas : le comportement privé d'un agent peut en effet également avoir des répercussions sur l'image ou l'honneur de sa profession et donc s'avérer incompatible avec l'exercice d'une fonction publique. L'administration peut donc tout à fait engager une procédure disciplinaire à l'encontre de l'un de ses agents si elle considère son comportement dans la sphère privée contraire aux bonnes mœurs. En l'espèce, « *le risque de dérapage de l'employeur public consistant à contrôler la moralité de la vie privée de ses agents n'est [donc] pas négligeable*¹⁰⁴² ». Concernant les errances de la vie privée des agents publics, c'est en règle générale la « *connaissance [des faits] par le public ou les usagers du service qui emporte l'agent dans la tourmente disciplinaire*¹⁰⁴³ ». À titre d'exemple, il a notamment été jugé qu'un agent ayant « *entretenu une relation avec l'épouse d'un [de ses collègues] en déplacement en Nouvelle-Calédonie, [malgré] que le comportement d'un fonctionnaire (...) en dehors du service [puisse] constituer une faute de nature à justifier une sanction s'il a pour effet de perturber le bon déroulement du service ou de jeter le discrédit sur l'administration [n'a pas eu pour effet] de porter gravement atteinte à la dignité militaire ou au renom de l'armée [puisque] M. X avait conservé à la relation qui lui est reprochée un caractère strictement privé et qu'il n'a pris aucune part à la publicité qui lui a été donnée*¹⁰⁴⁴ ». En l'absence de publicité des faits, il ne saurait donc y avoir de sanction

¹⁰⁴⁰ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 5.

¹⁰⁴¹ JEAN-PIERRE Didier. « Errances de la vie privée et poursuites disciplinaires ». *JCP A*, 2006, n°50, 1302.

¹⁰⁴² *Ibidem*.

¹⁰⁴³ *Ibidem*.

¹⁰⁴⁴ CE, 15 juin 2005, *Charles B.*, n°261691. *JCP A*, 2005, 1270, note D. Jean-Pierre.

disciplinaire. Ce principe n'est toutefois pas absolu : parfois, « *le juge retient que certains comportements sont par nature incompatibles avec la dignité de la fonction ou il considère que certains faits sont de nature à porter la déconsidération sur le corps auquel il appartenait, et, de cette manière, il extrait quelque peu la « connaissance par le public » de l'équation de la réputation de l'administration*¹⁰⁴⁵ ». Ainsi, il a par exemple été jugé, concernant la fonction publique d'État, « *que l'activité de modèle pour pose photographique à connotation pornographique portait atteinte à la considération du corps des professeurs de lycée professionnel et à la dignité de la fonction enseignante et que l'activité de prostitution portait atteinte aux bonnes mœurs et affectait de ce fait la réputation de l'administration et l'image de l'éducation nationale (...) ces activités [étant], par elles-mêmes, contraires au comportement que l'on peut attendre d'un agent public*¹⁰⁴⁶ ». La circonstance que ces faits n'aient pas été publics ni connus de tous n'a pas emporté de conséquence eu égard à leur gravité. Dans le même registre, il a déjà été jugé qu'un agent ayant « *tourné à deux reprises dans des films de caractère pornographique moyennant rémunération et [ayant] autorisé la parution des photos et la distribution de cassettes vidéos dans lesquelles elle figure tant en France qu'à l'étranger [a commis des] faits contraires à l'obligation de dignité qu'on est en droit d'attendre d'un fonctionnaire [constituant] une faute de nature à justifier une sanction disciplinaire*¹⁰⁴⁷ ». Pour les faits les plus graves, peu importe donc leur médiatisation dès lors qu'ils témoignent des mauvaises mœurs de l'agent, une sanction disciplinaire est encourue en raison de l'atteinte – avérée ou putative – à l'image de la fonction publique. Le problème est dès lors de déterminer quelles activités sont susceptibles d'être considérées comme contraires aux bonnes mœurs. Il s'agit là d'une notion évolutive qui suppose « *en creux de la part du juge administratif une analyse prospective, un raisonnement inductif et surtout un jugement de valeur - un regard moral - sur le comportement litigieux*¹⁰⁴⁸ ». Comme le remarque Monsieur le Professeur Didier JEAN-PIERRE, « *il en ressort parfois une impression désagréable d'imprévisibilité de la jurisprudence et parfois même d'absence de cohérence*¹⁰⁴⁹ ».

¹⁰⁴⁵ CAMUS Aurélien. « La dignité de la fonction en droit de la fonction publique ». *RFDA*, 2015, n°3, p. 541.

¹⁰⁴⁶ CAA Versailles, 8 mars 2006, *Marie-Paule C.*, n°04VE00424. *AJFP*, 2006, n°6, p. 150, note R. Fontier.

¹⁰⁴⁷ CAA Paris, 9 mai 2001, *Ministre de l'intérieur contre Slujka*, n°99PA00217 (arrêt signalé par Monsieur le Professeur Didier JEAN-PIERRE au sein de son article précité).

¹⁰⁴⁸ CAMUS Aurélien. « La dignité de la fonction en droit de la fonction publique ». *RFDA*, 2015, n°3, p. 541.

¹⁰⁴⁹ JEAN-PIERRE Didier. « Errances de la vie privée et poursuites disciplinaires ». *JCP A*, 2006, n°50, 1302.

Toujours est-il que les agents doivent s'assurer, par leur comportement général, de ne jamais porter atteinte à l'image de leur employeur public ou de leurs fonctions. La jurisprudence emploie parfois le terme d'atteinte à l'honneur de leur profession¹⁰⁵⁰. Plus généralement, par leur comportement personnel et extérieur à leurs fonctions, les agents publics ne doivent causer aucun trouble au fonctionnement des services ; ils sont donc tenus à un comportement irréprochable¹⁰⁵¹.

Qu'en est-il en matière de droit privé ? « *Si, en principe, il ne peut être procédé au licenciement d'un salarié pour une cause tirée de sa vie privée, il en est autrement lorsque le comportement de l'intéressé, compte tenu de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière*¹⁰⁵² ». Ainsi, et en d'autres termes, si par principe des faits de la vie privée ne peuvent donner lieu à une sanction du salarié, il en va autrement dès lors que le fonctionnement de l'entreprise est perturbé par ces faits. Ainsi, et à titre d'exemple, le licenciement d'un salarié condamné pour le viol de la fille d'un de ses collègues de travail a été considéré comme légitime en raison du trouble qu'il a causé dans l'entreprise¹⁰⁵³. Il en est allé de même pour le salarié copropriétaire qui, dans le cadre d'une assemblée générale de copropriétaires, a injurié le représentant du syndicat pour lequel il travaillait¹⁰⁵⁴. Enfin, a également été jugé légal le licenciement d'un cadre d'une banque condamné pour atteinte à la propriété d'autrui, et ce en raison d'une obligation particulière de probité pesant sur lui de par la nature de ses fonctions¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵⁰ En ce sens, voir notamment : CAA Marseille, 8 février 2008, *Commune de Béziers*, n°05MA00030. *AJDA*, 2008, p. 1330, note M.-Ch. de Monteclerc. *AJFP*, septembre 2008, p. 257 (« *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que [le requérant] a effectué en 1999 une démarche, en qualité de policier municipal, auprès du commissariat central de Béziers pour faire annuler une contravention de petite voirie dressée à l'encontre d'un de ses proches ; qu'un tel comportement, qui ne peut être totalement cautionné par la circonstance que le maire de la commune ait toléré jusque-là ce genre de pratique, constitue un manquement à l'honneur professionnel [du requérant]* »). Ou encore : CE, 15 mars 2004, *Pinon*, n°255392. *JCP A*, 2004, 1354, note D. Jean-Pierre.

¹⁰⁵¹ À titre d'illustration, et concernant des propos outranciers à l'encontre de supérieures hiérarchiques, justifiant une sanction disciplinaire : CAA Douai, 19 février 2009, *Commune de Dunkerque*, n°08DA01126. *AJFP*, 2009, p. 258.

¹⁰⁵² Cass. soc., 20 novembre 1991, n°89-44605.

¹⁰⁵³ Cass. soc., 26 septembre 2012, n°11-11247.

¹⁰⁵⁴ Cass. soc., 7 mars 2000, n°98-40232.

¹⁰⁵⁵ Cass. soc., 25 janvier 2006, n°04-44918.

Toutefois, il nous semble que l'étendue des obligations pesant sur les agents publics soit plus importante encore. En effet, et comme nous l'avons vu, qu'il s'agisse d'un agent public ou d'un salarié, dès lors que son comportement personnel trouble le bon fonctionnement du service ou de l'entreprise, une sanction peut être prise à son encontre. Toutefois, les agents publics doivent également veiller, comme nous l'avons vu, à ne pas porter atteinte à l'image de leur profession. Une telle obligation est par principe absente du droit privé ; elle ne peut être retrouvée que concernant certaines professions réglementées¹⁰⁵⁶, qui disposent d'un code de déontologie. Une stricte application du droit commun du travail aux agents administratifs des employeurs territoriaux ne pourrait en aucun cas permettre de maintenir à leur égard un degré d'exigence équivalent à celui actuellement en vigueur.

Il s'agit là, une nouvelle fois, d'un argument en défaveur d'une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial.

Il ressort de l'ensemble de ces observations que certaines des exigences pesant sur les agents publics ne pourraient que très difficilement s'accorder avec une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial. Il serait nécessaire, pour maintenir à leur égard un degré d'exigence comparable à celui actuellement en vigueur, que le droit privé soit aménagé dans nombre de ses aspects.

Au surplus, il convient de noter qu'une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial entraînerait de nombreux effets délétères pour les agents territoriaux eux-mêmes.

§2 – Les effets délétères pour les agents territoriaux d'une application directe du droit commun du travail à l'emploi public administratif territorial :

Une application directe du droit commun du travail aux agents publics territoriaux serait susceptible d'entraîner pour eux des effets délétères. Nous pensons notamment, sur ce point, à la garantie procédurale offerte aux fonctionnaires en matière de discipline (A), la perte de toute possibilité de passer d'une fonction publique à une autre, principe pourtant

¹⁰⁵⁶ On retrouve d'ailleurs, à cette occasion, la notion de dignité. À titre d'exemple, la profession d'avocat exige de ses membres « *dignité et (...) délicatesse* » (Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat. *JORF*, 28 novembre 1991, n°0277, p. 15502. Article 113, alinéa 3).

essentiel de la construction de l'emploi public (B) ou encore la perte de toute protection fonctionnelle (C).

A. Sur la perte des garanties liées au droit disciplinaire :

La procédure disciplinaire est tout à fait différente en droit public et en droit privé. Dès lors, une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial entrainerait de profonds bouleversements en la matière.

En droit privé, la sanction disciplinaire est définie par l'article L1331-1 du code du travail, qui précise que « *constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération* ». L'article L1332-2 du code du travail détaille la procédure applicable dans un tel cas de figure. Ainsi, et sauf si la sanction envisagée est un avertissement ou une autre sanction sans incidence sur la carrière du salarié, ce dernier doit être convoqué par écrit à un entretien préalable¹⁰⁵⁷. Lors de cet entretien, au cours duquel le salarié peut être assisté, l'employeur « *indique le motif de la sanction envisagée et recueille les explications du salarié*¹⁰⁵⁸ ». À l'issue de cet entretien, aucune sanction ne peut intervenir avant l'écoulement d'au moins deux jours ouvrables, ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien¹⁰⁵⁹.

Concernant les sanctions pouvant être prononcées à l'issue de la procédure précédemment évoquée, elles sont libres. La seule interdiction absolue concerne les sanctions pécuniaires¹⁰⁶⁰. Il sera uniquement rappelé que pour toute entreprise de plus de 20 salariés, la rédaction d'un règlement intérieur est obligatoire¹⁰⁶¹. Doivent être précisées, au sein de ce

¹⁰⁵⁷ Article L1332-2 alinéa 1^{er} du code du travail.

¹⁰⁵⁸ Article L1332-2 alinéa 3 du code du travail.

¹⁰⁵⁹ Article L1332-2 alinéa 4 du code du travail.

¹⁰⁶⁰ Article L1331-1 du code du travail : « *Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. / Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite* ».

¹⁰⁶¹ Article L1311-2 du code du travail.

règlement intérieur, toutes les sanctions disciplinaires susceptibles d'être prises à l'encontre des salariés¹⁰⁶². Pour le cas où aucun règlement intérieur n'aurait été arrêté dans une entreprise employant plus de 20 salariés, l'employeur perd la possibilité d'infliger toute sanction disciplinaire¹⁰⁶³ à l'exception du licenciement disciplinaire, sanction dont la source est légale¹⁰⁶⁴.

Par ailleurs, toute faute commise par un salarié doit être sanctionnée dans un délai de 2 mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance, sauf si des poursuites pénales sont engagées dans le même délai à l'encontre du salarié¹⁰⁶⁵. Au surplus, il sera précisé qu'« aucune sanction antérieure de plus de trois ans à l'engagement des poursuites disciplinaires ne peut être invoquée à l'appui d'une nouvelle sanction¹⁰⁶⁶ ». Bien entendu, une même faute ne peut donner lieu qu'à une seule et unique sanction disciplinaire¹⁰⁶⁷ – sauf bien entendu en cas de réitération d'une même faute postérieurement à une première sanction¹⁰⁶⁸.

De plus, les délégués syndicaux et les représentants du personnel bénéficient d'une protection particulière, instituée par le code du travail. Ces salariés, plus exposés aux sanctions que les autres « parce que leur mission inquiète l'employeur (...) doivent être protégés contre les mesures affectant leur emploi et les sanctions disciplinaires [et ce] dans leur intérêt personnel, certes, mais surtout dans celui des institutions représentatives et de

¹⁰⁶² Article L1321-1 du code du travail.

¹⁰⁶³ En ce sens, et à titre d'illustration, concernant une mise à pied disciplinaire : Cass. soc., 26 octobre 2010, n°09-42740. La Cour rappelle que : « le règlement intérieur fixe les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur, une sanction ne peut être prononcée contre un salarié que si elle est prévue par ce règlement intérieur ; Attendu, ensuite, qu'une mise à pied prévue par le règlement intérieur n'est licite que si ce règlement précise sa durée maximale ». Ou encore, concernant une mutation disciplinaire : CA Versailles, 14 septembre 2011, n°10/02850 : « considérant en l'espèce, qu'en l'absence de règlement intérieur en vigueur au sein de l'entreprise au moment des faits, la mutation disciplinaire prononcée contre Mme Marie-Christine X... est nécessairement illégale, même si cette mesure relève également du pouvoir de direction de l'employeur qui se prévaut de la clause de mobilité géographique insérée au contrat de travail et acceptée par la salariée, lui permettant de la muter sans qu'il ait à justifier sa décision ».

¹⁰⁶⁴ Article L1232-1 et suivants du code du travail.

¹⁰⁶⁵ Article L1332-4 du code du travail.

¹⁰⁶⁶ Article L1332-5 du code du travail.

¹⁰⁶⁷ En ce sens, et à titre d'illustration, concernant une mise à pied disciplinaire suivie, pour les mêmes faits, d'un licenciement : Cass. soc., 30 octobre 2013, n°12-22962.

¹⁰⁶⁸ En ce sens, et à titre d'illustration : Cass. soc., 30 septembre 2004, n°02-44030. La Cour précise que : « la poursuite par un salarié d'un fait fautif autorise l'employeur à se prévaloir de faits similaires, y compris ceux ayant déjà été sanctionnés, pour caractériser une faute grave ». Ou encore, dans le même sens : Cass. soc., 30 juin 2011, n°10-14.960.

*l'ensemble des travailleurs qu'ils représentent*¹⁰⁶⁹ ». Dès lors, pour cette catégorie particulière de salariés, le droit commun du travail est complété par un « *statut légal protecteur*¹⁰⁷⁰ ». Ainsi, les salariés protégés, dont la liste est établie par les articles L2411-1 et L2411-2 du code du travail, sont protégés contre le licenciement¹⁰⁷¹ et contre toute modification ou changement de leurs conditions de travail qui pourrait être décidée à titre disciplinaire¹⁰⁷² ; dans de tels cas de figure, une autorisation préalable de l'inspection du travail est indispensable¹⁰⁷³. Une telle protection s'étend aux candidats à une élection professionnelle, à partir de leur candidature et postérieurement au scrutin¹⁰⁷⁴.

Qu'en est-il en matière de droit public ? Sur ce point, il convient d'opérer une distinction entre les agents titulaires et les agents non titulaires. À titre liminaire, il convient de préciser qu'il n'existe, en matière de droit de l'emploi public administratif, aucune protection particulière des représentants du personnel. Cela s'explique très aisément en raison des garanties procédurales particulières offertes aux agents publics pour les sanctions les plus graves. Il convient d'ailleurs de noter qu'une telle protection n'est que très récente pour les agents contractuels. Également, et toujours à titre liminaire, il convient de noter que la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires¹⁰⁷⁵ a apporté une modification conséquente du droit disciplinaire en matière d'emploi public administratif. Alors que l'administration pouvait sanctionner un fait fautif d'un agent sans qu'aucune prescription ne puisse lui être opposée, tel n'est aujourd'hui plus le cas. En effet, il est désormais prévu qu'aucune « *procédure disciplinaire ne peut être engagée au-delà d'un*

¹⁰⁶⁹ AUZERO Gilles, DOCKES Emmanuel. *Droit du travail*. Paris : Dalloz, 28^e édition, 2013. 1556 p. pp. 1164-1165.

¹⁰⁷⁰ VERDIER Jean-Michel. « Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques ». *JCP*, 1971, I., 2422.

¹⁰⁷¹ En ce sens, voir chapitre 1^{er} du titre Ier du livre IV de la deuxième partie de la partie législative du code du travail (article L2411-1 et suivants du code du travail).

¹⁰⁷² L'extension de la protection des délégués syndicaux et représentants du personnel aux sanctions disciplinaires les plus graves est d'origine jurisprudentielle. En ce sens, voir notamment : Cass. soc., 25 novembre 1997, n°94-42727. *RJS*, 1998, n°67. La Cour précise que : « aucune modification de son contrat de travail ou changement de ses conditions de travail ne peut être imposée à un salarié protégé ».

¹⁰⁷³ En ce sens, voir article L2411-3 et suivants du code du travail.

¹⁰⁷⁴ En ce sens, voir article L2411-7 du code du travail.

¹⁰⁷⁵ 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. En ce sens, voir l'article 36.

délai de trois ans à compter du jour où l'administration a eu une connaissance effective de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits passibles de sanction¹⁰⁷⁶ ».

Concernant les agents non titulaires relevant du décret n°88-145¹⁰⁷⁷, le régime juridique leur étant applicable en cas de sanction disciplinaire est déterminé par les articles 36 à 37 de ce décret. Le pouvoir disciplinaire appartient ici directement à l'autorité territoriale. La procédure à respecter est prévue par l'article 37 du décret n°88-145 : l'employeur territorial doit informer l'agent qu'une sanction disciplinaire est envisagée à son encontre, et l'inviter à consulter son dossier administratif ; à cette occasion, l'agent contractuel peut être assisté du défenseur de son choix. Il s'agissait là de la seule garantie offerte aux agents contractuels jusqu'à l'intervention du décret n°2015-1912 du 29 décembre 2015. Désormais, l'administration doit également saisir la commission consultative paritaire, réunie sous forme de conseil de discipline¹⁰⁷⁸, avant tout prononcé de sanction à l'encontre de l'agent contractuel. Les sanctions ne sont pas libres et sont listées à l'article 36-1 du décret : un avertissement, un blâme, une exclusion temporaire des fonctions avec retenue de traitement pour une durée maximale de six mois pour les agents recrutés pour une durée déterminée et d'un an pour les agents sous contrat à durée indéterminée, ou encore un licenciement. Afin d'être parfaitement complet, il convient de noter qu'un licenciement non disciplinaire exige quant à lui uniquement la tenue d'un entretien préalable au licenciement¹⁰⁷⁹. En tout état de cause, quelle que soit la sanction disciplinaire prise à l'encontre de l'agent contractuel, elle doit être motivée¹⁰⁸⁰. Des garanties substantielles sont donc accordées aux agents contractuels dès lors qu'une procédure disciplinaire est menée à leur encontre.

¹⁰⁷⁶ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 19.

¹⁰⁷⁷ Décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi n°84-53 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. En ce sens, voir article 5, dans sa rédaction issue du décret n°98-1106 du 8 décembre 1998.

¹⁰⁷⁸ 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.

¹⁰⁷⁹ Décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi n°84-53 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. Article 42.

¹⁰⁸⁰ En ce sens, voir le dernier alinéa de l'article 36-1 du décret n°88-145 du 15 février 1988. Il nous semble au demeurant que cette disposition est redondante. En effet, la sanction disciplinaire infligée à un agent non titulaire constituant une décision administrative individuelle défavorable, elle doit obligatoirement être motivée selon les dispositions de l'article 1^{er} de la loi n°79-587 (Loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. *JORF*, 12 juillet 1979, p. 1711).

Les fonctionnaires territoriaux bénéficient d'une garantie procédurale particulière pour les sanctions disciplinaires les plus graves. Ces sanctions disciplinaires sont classées en quatre groupes, selon leur gravité¹⁰⁸¹. Les sanctions du premier groupe – l'avertissement, le blâme, et l'exclusion temporaire de fonction pour une durée maximale de 3 jours – ne donnent lieu qu'à une information préalable de l'agent, qui est invité à consulter son dossier administratif¹⁰⁸². Concernant les sanctions des trois autres groupes, qui s'étendent de l'abaissement d'échelon à la révocation, une garantie procédurale particulière est mise en place. Ainsi, l'autorité territoriale doit saisir pour avis, préalablement à toute sanction, un conseil de discipline composé en nombres égaux de représentants du personnel et de représentants d'une autorité territoriale¹⁰⁸³ et présidé par un magistrat de l'ordre administratif¹⁰⁸⁴. Même s'il ne s'agit là que d'un avis simple, l'examen des faits reprochés au fonctionnaire par une instance indépendante constitue une garantie fondamentale des agents titulaires. Toutefois, si l'autorité territoriale décide après avis du conseil de discipline de prononcer une sanction du deuxième, troisième ou quatrième groupe, le fonctionnaire dispose de la faculté de saisir un conseil de discipline de recours¹⁰⁸⁵. L'avis rendu par le conseil de discipline de recours liera cette fois – du moins partiellement – l'autorité territoriale, qui ne sera plus en mesure d'adopter une sanction plus sévère que celle proposée par ce dernier¹⁰⁸⁶.

Il existe donc en matière disciplinaire une différence fondamentale entre le droit public et le droit privé. Alors que le code du travail laisse le préposé – à l'exception du salarié protégé – seul face à son employeur, le droit public permet aux fonctionnaires territoriaux de bénéficier, pour les sanctions les plus sévères, d'un avis impartial et préalable. Il y a donc, en de l'emploi public administratif, une volonté de protéger l'agent des éventuels abus pouvant être commis par les autorités territoriales.

¹⁰⁸¹ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 89.

¹⁰⁸² En ce sens, voir article 19 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1984.

¹⁰⁸³ En ce sens, voir article 90 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984.

¹⁰⁸⁴ En ce sens, voir article 1^{er} du décret n°89-677 du 18 septembre 1989 (Décret n°89-677 du 18 septembre 1989 relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires territoriaux. *JORF*, 19 septembre 1989, p. 11818).

¹⁰⁸⁵ En ce sens, voir article 91 alinéa 1^{er} de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984.

¹⁰⁸⁶ En ce sens, voir article 91 alinéa 2 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984.

Dans le cadre de notre hypothèse de privatisation de l'ensemble de l'emploi public administratif territorial, les agents publics perdraient toute garantie de ce type. Il s'agit là, à notre sens, d'un nouvel argument en défaveur de notre hypothèse de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial.

Au surplus, une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial déstabiliserait l'ensemble de l'édifice statutaire des trois fonctions publiques, puisque cela conduirait nécessairement à la fin de toute possibilité, pour les agents publics, de passer d'une fonction publique à une autre.

B. Sur la perte de toute possibilité de passage d'une fonction publique à une autre :

La fonction publique française est construite autour d'un principe fondateur : la mobilité entre les différents versants de la fonction publique. Ainsi, l'article 14 alinéa 1^{er} du statut général de la fonction publique précise que « *l'accès des fonctionnaires de l'État, des fonctionnaires territoriaux et des fonctionnaires hospitaliers aux deux autres fonctions publiques, ainsi que leur mobilité au sein de chacune de ces trois fonctions publiques, constituent des garanties fondamentales de leur carrière*¹⁰⁸⁷ ». Ce principe n'est applicable qu'aux seuls agents titulaires¹⁰⁸⁸. Afin de mettre en œuvre cette mobilité, les fonctionnaires peuvent bénéficier d'un détachement – suivi de la possibilité d'une intégration au-delà de la cinquième année¹⁰⁸⁹ – ou encore d'une mise à disposition, soit la « *situation du fonctionnaire qui demeure dans son cadre d'emplois ou corps d'origine, est réputé y occuper un emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante, mais qui exerce ses fonctions hors du*

¹⁰⁸⁷ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 14 alinéa 1^{er}.

¹⁰⁸⁸ Afin d'être parfaitement complet, il convient tout de même de noter que les agents non titulaires relevant du décret n°88-145 du 15 février 1988 peuvent bénéficier d'un congé de mobilité. Il s'agit là d'un congé sans traitement, d'une durée maximale de trois ans renouvelables, durant lequel l'agent non titulaire sera recruté pour une durée déterminée par une autre personne morale de droit public (Décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi n°84-53 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. Article 35-2).

¹⁰⁸⁹ En ce sens, voir article 13 bis alinéa 6 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1984.

*service où il a vocation à servir*¹⁰⁹⁰ ». Il est également possible que l'accès à certains emplois soit soumis à des concours internes ou externes¹⁰⁹¹.

Un principe est sous-jacent à ces possibilités de mobilité : l'idée selon laquelle les trois fonctions publiques sont construites sur la base de modèles équivalents. Le statut général des fonctionnaires prévoit en effet que la mobilité s'effectue « *entre corps et cadres d'emplois appartenant à la même catégorie et de niveau comparable, apprécié au regard des conditions de recrutement ou du niveau des missions prévues par les statuts particuliers*¹⁰⁹² ». Une telle parité entre les différentes fonctions publiques se retrouve également au niveau de la rémunération. Ainsi, et à titre d'illustration, les régimes indemnitaires déterminés par les assemblées délibérantes des collectivités territoriales ne peuvent être fixés que « *dans la limite de ceux dont bénéficient les différents services de l'État*¹⁰⁹³ ». Il y a donc, entre les trois versants de la fonction publique, une véritable parité.

Notre hypothèse de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial remettrait bien évidemment en cause l'ensemble de cette construction statutaire, puisqu'elle priverait les fonctionnaires d'état et hospitalier de toute possibilité de mobilité au sein de l'emploi public administratif territorial. L'inverse – les mouvements de l'emploi public administratif territorial vers les autres emplois publics – serait également rendu particulièrement complexe.

Certes, il est toujours possible d'envisager à terme une privatisation de l'intégralité des régimes juridiques des emplois publics. Dans ce cas de figure, il serait alors possible de mettre en œuvre des conventions de prêt de main d'œuvre, conventions prévues et autorisées par le code du travail à condition qu'elles ne poursuivent aucun but lucratif¹⁰⁹⁴.

Il serait également possible de remédier à cet inconvénient en adaptant le droit privé aux spécificités de l'action administrative. Les statuts des fonctions publiques d'État et hospitalière devraient également prendre en compte un tel bouleversement. Toutefois, un tel

¹⁰⁹⁰ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 61 alinéa 1^{er}.

¹⁰⁹¹ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 14 alinéa 2.

¹⁰⁹² *Ibidem*, article 13 bis alinéa 2.

¹⁰⁹³ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 88 alinéa 1^{er}.

¹⁰⁹⁴ En ce sens, se référer aux articles L8241-1 et suivants du code du travail.

processus aboutirait à la création d'un droit mixte – ni totalement privé, ni totalement public – solution que nous avons déjà rejetée.

C. La perte de toute protection fonctionnelle :

Les agents publics des administrations territoriales souffriraient également d'une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial en ce qu'ils ne seraient plus à même de prétendre au bénéfice d'une quelconque protection fonctionnelle.

La protection fonctionnelle est prévue par l'article 11 du statut général de la fonction publique¹⁰⁹⁵. D'une application particulièrement large, ce mécanisme prévoit que l'employeur de l'agent public doit le garantir contre toutes les atteintes – physiques ou morales - à sa personne, dès lors que les faits ont été commis en raison ou à l'occasion du service. La seule exclusion possible relève du cas où l'agent aurait commis une faute personnelle, dépourvue de tout lien avec le service.

Il n'existe, en matière de droit privé, aucune disposition comparable. En d'autres termes, en cas de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial, les agents seraient une nouvelle fois privés d'une protection fondamentale accordée par leur employeur en raison du particularisme des missions qu'ils exercent.

¹⁰⁹⁵ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. Article 11 : « Les fonctionnaires bénéficient, à l'occasion de leurs fonctions et conformément aux règles fixées par le code pénal et les lois spéciales, d'une protection organisée par la collectivité publique qui les emploie à la date des faits en cause ou des faits ayant été imputés de façon diffamatoire au fonctionnaire. / Lorsqu'un fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable à ce fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui. / La collectivité publique est tenue de protéger les fonctionnaires contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont ils pourraient être victimes à l'occasion de leurs fonctions, et de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté. / La collectivité publique est tenue d'accorder sa protection au fonctionnaire ou à l'ancien fonctionnaire dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle. / La collectivité publique est subrogée aux droits de la victime pour obtenir des auteurs des menaces ou attaques la restitution des sommes versées au fonctionnaire intéressé. Elle dispose, en outre, aux mêmes fins, d'une action directe qu'elle peut exercer au besoin par voie de constitution de partie civile devant la juridiction pénale. Les dispositions du présent article sont applicables aux agents publics non titulaires ».

Comme nous avons pu le constater, le droit privé du travail s'avère sur de nombreux points en totale inadéquation avec les spécificités de l'action administrative. Une application directe du droit commun du travail à cet emploi ne manquerait pas de produire de nombreux effets délétères. Il serait alors nécessaire d'adapter, sur de nombreux points, le droit commun du travail aux spécificités de l'action administrative. Dès lors, cela ne pourrait qu'entraîner la création d'un nouveau droit, ni totalement privé, ni totalement public, oscillant constamment en équilibre instable entre ces deux régimes. Une telle solution ne paraît pas satisfaisante puisqu'elle serait à notre sens constitutive d'une véritable perte de repère de l'emploi public administratif territorial, qui perdrait toute cohérence. Au surplus, procéder de la sorte compliquerait davantage encore la gestion du personnel.

Le contrat de travail de droit privé ne nous semble par conséquent pas de nature à satisfaire l'ensemble des besoins des administrations territoriales. Pire encore, une telle privatisation ne manquerait pas de gravement perturber leur fonctionnement. Tous ces éléments nous amènent à considérer comme improbable notre hypothèse de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial.

Un tel sentiment ne peut qu'être confirmé par une étude attentive de la privatisation du régime juridique de l'emploi public italien. Force est en effet « (...) *de constater les nombreuses similarités historiques des systèmes juridiques français et italien, issus d'une même tradition de droit romain. De plus, les réformes déjà entrées en vigueur ou envisagées en matière d'emploi public des deux côtés des Alpes, ont été présentées comme s'inspirant du modèle voisin*¹⁰⁹⁶ ». La privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif italien a nécessité une adaptation du droit commun du travail aux spécificités de l'action administrative. En a résulté, comme nous le conjecturons, une perte de repère plus que manifeste de cet emploi qui, au gré des réformes successives, a vu réintroduit en son sein de nombreuses composantes de droit public.

¹⁰⁹⁶ FRUGIS Maurizio. « Le modèle italien de la fonction publique ». *RLCT*, 2012, n°81, pp. 88-92. p. 88.

SECTION II - La privatisation du régime juridique de l'emploi public italien, exemple d'une réforme impossible :

L'étude de la privatisation du régime juridique de l'emploi public italien nous paraît particulièrement utile dans le cadre de la présente thèse, et plus particulièrement dans le cadre de notre hypothèse de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial.

Se pose immédiatement la question de la justification du choix de l'étude de la transition réalisée dans ce pays. La raison est particulièrement simple : l'Italie est un pays dont « *le système (...) était traditionnellement proche de [celui] en vigueur (...) en France¹⁰⁹⁷* », puisqu'y « *prévalait une fonction publique de carrière présentant les caractéristiques traditionnellement attachées à ce modèle¹⁰⁹⁸* ». Sur cette base quasi-similaire au système encore aujourd'hui en vigueur en France, l'Italie a décidé de privatiser la quasi-intégralité des relations de travail entretenues avec ses agents publics. Il n'existe pas, en Italie, de « *distinction entre fonction publique d'État, fonction publique territoriale et hospitalière (...). Il n'y a qu'une seule fonction publique¹⁰⁹⁹* » qui a donc subi, dans son ensemble, ce phénomène de privatisation.

En tout état de cause, « *l'Italie est, parmi les pays européens, l'un de ceux qui a connu la réforme la plus radicale de sa fonction publique. Initiées notamment par Franco BASSANINI, ancien ministre, membre de l'instance collégiale de la conférence nationale, des réformes intervenues en 1993 puis en 1997-1998 sont venues changer radicalement le système en vigueur. Désormais, les agents publics sont pour la plupart soumis au droit commun du travail, à l'exception des magistrats, des militaires, des policiers, des diplomates, des membres du corps préfectoral et des universitaires¹¹⁰⁰* ». Le mécanisme mis en œuvre en Italie nous paraît donc tout à fait similaire à celui ici conjecturé pour l'emploi public administratif territorial français, raison pour laquelle son étude est ici réalisée.

¹⁰⁹⁷ SILICANI Jean Ludovic, *Livre blanc sur l'avenir de la Fonction Publique*. France, Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique, La Documentation française, 2008, 240 p. p. 44.

¹⁰⁹⁸ Ibidem.

¹⁰⁹⁹ FRUGIS Maurizio. « Le modèle italien de la fonction publique ». *RLCT*, 2012, n°81, pp. 88–92. p. 90.

¹¹⁰⁰ SILICANI Jean Ludovic, *Livre blanc sur l'avenir de la Fonction Publique*. France, Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique, La Documentation française, 2008, 240 p. p. 47.

Il convient, dans un premier temps, de nous attarder sur les modalités de mise en œuvre de cette privatisation du régime juridique de l'emploi public. Comme nous le constaterons, le droit commun du travail italien a dû être profondément remanié afin de s'adapter aux spécificités de l'action administrative. Une telle adaptation du droit commun serait également nécessaire en droit français en cas de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial, comme nous avons pu l'évoquer. Ainsi, c'est en réalité un droit hybride – certes majoritairement privé mais avec de nombreuses composantes de droit public – qui a été mis en place en Italie (§1). Pour le cas où notre hypothèse de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial trouverait à s'appliquer en France, une méthodologie similaire devrait être mise en œuvre afin d'adapter le droit commun du travail aux spécificités de l'action administrative. Or, en Italie, procéder de la sorte a entraîné de nombreuses difficultés pratiques, qui ont conduit à la réintroduction progressive d'un régime quasi-statutaire (§2).

Sur ces bases, nous ne pourrions que constater l'échec de cette privatisation. L'État italien a en effet été progressivement contraint à réintroduire au sein du régime juridique applicable à ses agents de nombreuses mécaniques de droit public. Même si l'Italie n'a pas complètement renié la privatisation du régime juridique de son emploi public, il nous semble que l'hybridation ainsi mise en place témoigne de l'échec du droit commun à régir cet emploi. Ces observations ne pourront que confirmer qu'une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial français est hautement improbable.

§1 – Une privatisation du régime juridique de l'emploi public italien réalisée par la mise en œuvre d'un droit hybride :

Afin d'envisager la privatisation du régime juridique de l'emploi public italien, il convient dans un premier temps de nous attarder sur les circonstances ayant poussé l'Italie à renier la conception traditionnelle de cet emploi (A).

Nous pourrions ensuite nous attarder sur les modalités de cette transition, qui a vu naître un véritable droit hybride, ni totalement privé, ni totalement public (B).

A. Une crise de productivité et de qualité particulière à l'Italie :

Les circonstances de la réforme intervenue en Italie nous semblent devoir être examinées. Comme nous le constaterons, l'importance des dysfonctionnements constatés n'est en aucune mesure comparable à la situation actuellement connue en France.

Dès la fin des années 1970, un rapport du ministre de la fonction publique italienne – le rapport Giannini - « *considère le régime du droit public, auquel sont soumis les agents publics, parmi les raisons du mauvais fonctionnement de l'administration publique italienne*¹¹⁰¹ ». Aucune réforme d'ampleur n'est pourtant immédiatement amorcée.

Ce n'est qu'à l'occasion de la construction de l'union européenne, dans les années 1990, que l'Italie se décide à remanier profondément son système de fonction publique. En effet, « *le premier objectif de la réforme a été la réduction des coûts de la machine administrative. La réforme a beaucoup contribué au redressement des finances publiques, ce qui a permis à l'Italie de faire partie de l'Union européenne*¹¹⁰² ».

De plus, l'Italie des années 1990 fait « *face à une double crise de qualité et de productivité des services publics*¹¹⁰³ » : « *le modèle de droit public avait échoué à la mise en œuvre des principes constitutionnels d'impartialité et d'efficacité*¹¹⁰⁴ ». Au surplus, il pèse sur les agents publics italiens de nombreux soupçons : « *l'existence de phénomènes importants de corruption dans l'action des décideurs publics a été elle-même une raison importante de l'activité réformatrice du législateur*¹¹⁰⁵ ». Tous ces éléments ont donc nécessité la mise en œuvre d'un bouleversement du droit applicable aux agents publics italiens : la privatisation de leur relation de travail.

¹¹⁰¹ CARANTA Roberto. « Point de vue sur les réformes récentes en matière de fonction publique en Italie » in *Conseil d'État, Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*. Paris : La Documentation française, 2003, pp. 399-413. p. 403.

¹¹⁰² FRUGIS Maurizio. « Le modèle italien de la fonction publique ». *RLCT*, 2012, n°81, pp. 88–92. p. 88.

¹¹⁰³ SILICANI Jean Ludovic, *Livre blanc sur l'avenir de la Fonction Publique*. France, Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique, La Documentation française, 2008, 240 p. p. 98.

¹¹⁰⁴ FRUGIS Maurizio. « Le modèle italien de la fonction publique ». *RLCT*, 2012, n°81, pp. 88–92. p. 88.

¹¹⁰⁵ CARANTA Roberto. « Point de vue sur les réformes récentes en matière de fonction publique en Italie » in *Conseil d'État, Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*. Paris : La Documentation française, 2003, pp. 399-413. p. 404.

La situation actuelle de l'emploi public administratif territorial français est-elle comparable à celle alors en vigueur en Italie ? Nous ne le pensons pas. Cette position est d'ailleurs celle de Monsieur Jean-Ludovic SILICANI qui, au sein de son *livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*, dresse le constat suivant : « *le diagnostic que l'on peut faire en France [est] celui d'une crise de productivité : les collectivités publiques rendent (...) les services attendus, mais, d'une part, en ne modifiant pas suffisamment leur potentiel humain, d'autre part, à un coût élevé¹¹⁰⁶* ». Il n'y a donc pas, en France, un quelconque problème de qualité du travail effectué. La situation de l'emploi public français en général – et donc de son emploi public administratif territorial – n'est donc aujourd'hui pas aussi critique que ne l'était celle de l'emploi public italien lorsque sa privatisation a été amorcée.

B. La nécessaire adaptation du droit commun du travail italien aux spécificités de l'action administrative :

Ainsi, « *avant les réformes des années 1990, la relation entre l'État et les fonctionnaires était entièrement régie par le droit public. Plus tard, d'abord avec le décret législatif n°29/1993 et ensuite avec la loi n°59 du 15 mars 1997 et le décret législatif n°80/1998 (connues comme réformes Bassanini, du nom du Ministre de la fonction publique du gouvernement de centre-gauche qui était au pouvoir à l'époque) ont pris forme ce qui a été défini comme les « première et deuxième privatisations » de la fonction publique. Avec la première privatisation, une contractualisation entre l'État et une majorité d'agents de l'administration publique a été instaurée. Avec la seconde privatisation, le droit syndical du secteur public a presque entièrement été réécrit et une juridiction de droit privé pour les litiges entre l'administration et les agents publics a été introduite. Le législateur a donc établi une situation concrète d'égalité entre le travail privé et l'emploi dans le secteur public¹¹⁰⁷* ». Ce faisant, l'État italien a donc mis en œuvre, dès la fin du XXe siècle, la privatisation de l'emploi public ici conjecturée.

D'un point de vue individuel, le contrat de travail de droit privé a remplacé le statut. Toutefois, de très nombreuses dérogations au droit commun ont été instaurées afin de

¹¹⁰⁶ SILICANI Jean Ludovic, *Livre blanc sur l'avenir de la Fonction Publique*. France, Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique, La Documentation française, 2008, 240 p. p. 98.

¹¹⁰⁷ FRUGIS Maurizio. « Le modèle italien de la fonction publique ». *RLCT*, 2012, n°81, pp. 88–92. p. 88.

l'adapter aux spécificités de l'action publique¹¹⁰⁸. Il y a donc eu, dès l'origine de cette privatisation, non une application directe et absolue du droit commun du travail aux agents publics italiens, mais en réalité l'introduction d'un nouveau droit hybride, ni totalement privé, ni totalement public.

Du point de vue de la négociation collective, le système initialement mis en œuvre en Italie repose sur la création d'une autorité administrative indépendante – l'agence pour la représentation des employeurs publics dans la négociation (ARAN) – chargée de négocier avec les syndicats représentatifs les conventions collectives applicables aux agents des administrations italiennes¹¹⁰⁹. La place de la négociation collective ainsi renouvelée est particulière, puisqu'elle a « *compétence exclusive pour établir le traitement des fonctionnaires. Contrairement au travail dans les entreprises, le droit de la fonction publique exige que la négociation collective respecte les critères d'égalité de traitement pour les fonctionnaires*¹¹¹⁰ ».

Ainsi, et dès l'origine de la réforme de la fonction publique italienne, « *les espaces pour la négociation individuelle sont rares, à l'exception des hauts-fonctionnaires, auxquels certains avantages financiers peuvent être alloués sur la base de la négociation individuelle*¹¹¹¹ ». Concrètement, il est donc possible d'affirmer que « *le passage de l'acte unilatéral à la signature du contrat comme source juridique de la relation de travail n'a pas eu beaucoup de conséquences (...) puisque le contrat n'est rien d'autre qu'un renvoi à la négociation collective*¹¹¹² ».

Au surplus, cette absence de réelle négociation individuelle se traduit par le mode de recrutement des agents des administrations publiques qui, malgré cette privatisation,

¹¹⁰⁸ SILICANI Jean Ludovic, *Livre blanc sur l'avenir de la Fonction Publique*. France, Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique, La Documentation française, 2008, 240 p. p. 47. L'auteur précise que : « *les agents publics demeurent dans une situation spécifique vis-à-vis du droit du travail, puisque plus de soixante-dix dérogations ont été prévues dans le code du travail italien, soit pour exclure l'application de certaines de ses dispositions à ces agents, soit pour permettre que certaines dispositions statutaires continuent à leur être applicables* ».

¹¹⁰⁹ Ibidem, p. 47. L'auteur précise que : « *la vie professionnelle des autres fonctionnaires est désormais déterminée par des conventions collectives négociées entre leurs syndicats et une autorité administrative indépendante représentant la totalité des employeurs publics, l'agence pour la représentation des employeurs publics dans la négociation (ARAN)* ».

¹¹¹⁰ FRUGIS Maurizio. « Le modèle italien de la fonction publique ». *RLCT*, 2012, n°81, pp. 88–92. p. 89.

¹¹¹¹ Ibidem, p. 89.

¹¹¹² Ibidem, p. 91.

continuent d'être recrutés par le biais de concours. En effet, « *le concours est encore la modalité prévue généralement pour accéder aux emplois publics. [Un décret] prévoit qu'on puisse se passer du concours dans le cas d'emplois qui ne nécessitent aucune spécialisation de la part du travailleur ; dans ce cas, l'administration n'a pas de marge réelle de choix, puisqu'elle doit engager les personnes qui ont une position prioritaire dans les listes officielles des chômeurs*¹¹¹³ ». ».

La réforme de la fonction publique italienne n'a donc pas permis l'application directe du droit commun du travail aux agents publics. Il leur a en réalité été appliqué un droit hybride – ni totalement privé, ni totalement public – et ce en raison des spécificités de l'action administrative. La différence est telle que le contrat de travail de l'agent italien ne constitue rien d'autre qu'un acte d'adhésion à une convention collective. En d'autres termes, il s'agit là d'un équivalent au système actuellement en vigueur en France concernant les agents contractuels de droit public, à l'exception de toute référence à la négociation collective, puisque leur situation est essentiellement déterminée par voie réglementaire et légale.

Plus généralement, et comme nous le verrons ci-après, le bilan des premières réformes de la fonction publique a été négatif. Les nombreux dysfonctionnements constatés ont donc poussé l'État italien à engager de nouvelles réformes, rapprochant un peu plus encore le système italien de celui actuellement en vigueur en France concernant les agents contractuels administratifs territoriaux.

§2 – De nombreuses difficultés pratiques ayant nécessité la réintroduction d'un régime quasi-statutaire :

L'Italie a privatisé le régime juridique applicable à son emploi public. Toutefois, le droit ainsi mis en œuvre, qui ne laisse que peu de place à la négociation individuelle, nous paraît similaire au droit applicable aux agents contractuels des administrations territoriales françaises.

¹¹¹³ CARANTA Roberto. « Point de vue sur les réformes récentes en matière de fonction publique en Italie » in *Conseil d'État, Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*. Paris : La Documentation française, 2003, pp. 399-413. p. 405.

En tout état de cause, les premiers bilans de cette privatisation ont laissé apparaître de nombreux dysfonctionnements (A), auxquels l'État italien a tenté d'apporter des solutions en réintroduisant de nombreux éléments de droit public (B) – qui n'ont fait qu'accroître sa ressemblance avec le droit applicable aux agents contractuels des administrations territoriales françaises.

A. Le bilan mitigé de la privatisation de l'emploi public italien :

Le bilan des premières réformes de l'emploi public italien laisse apparaître de très nombreux dysfonctionnements. Tout d'abord, si la privatisation a permis, au lendemain de la réforme, de diminuer le coût de l'emploi public, de nombreux abus ont par la suite été constatés en raison d'un clientélisme à peine masqué¹¹¹⁴. Ensuite, cette réforme n'a pas permis d'aboutir à un accroissement de l'efficacité de l'action publique en raison du manque de souplesse du droit commun du travail italien¹¹¹⁵. Enfin, cette réforme a conduit à une augmentation spectaculaire du nombre de contentieux¹¹¹⁶.

¹¹¹⁴ FRUGIS Maurizio. « Le modèle italien de la fonction publique ». *RLCT*, 2012, n°81, pp. 88–92. p. 92. L'auteur précise que : « la privatisation a contribué à diminuer le coût de l'emploi public seulement pendant les premières années après son approbation, mais ensuite la Cour des comptes a montré qu'au contraire, les salaires du secteur public ont augmenté davantage par rapport à ceux du secteur privé (...) La générosité de la politique face aux employés publics s'explique bien évidemment par la recherche d'un consensus électoral ».

¹¹¹⁵ CARANTA Roberto. « Point de vue sur les réformes récentes en matière de fonction publique en Italie » in *Conseil d'État, Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*. Paris : La Documentation française, 2003, pp. 399-413. pp. 410-411. Le raisonnement de l'auteur est particulièrement intéressant, et mérite en ce sens d'être cité : « On doutait de l'efficacité d'un droit public de la fonction publique qui avait établi un système complet et complexe de garanties au profit de l'agent public ; un système qui donnait essentiellement une garantie de stabilité dans l'emploi. On a donc privatisé avec le but (...) d'améliorer l'utilisation des ressources humaines. / Il est bien douteux que la privatisation de la fonction publique ait conduit à un surcroît d'efficacité de l'action publique. / En effet, en Italie comme partout dans le continent européen, le droit (privé) du travail n'est pas tellement souple ; plusieurs institutions internationales le remarquent chaque jour, en craignant la rigidité du marché du travail censée être l'une des raisons du retard dans le développement économique de l'Europe par rapport aux États-Unis. Aujourd'hui, en Europe, les salariés privés jouissent eux-mêmes d'un régime de stabilité substantielle. Ce régime est perturbé seulement dans le cas d'insolvabilité, de crainte d'insolvabilité, ou de difficultés économiques graves de leur employeur. L'insolvabilité n'étant pas une condition facilement applicable à l'administration publique, il ne reste que les difficultés. Il est pourtant évident que des raisons politiques empêchent presque toute forme de licenciement collectif dans la fonction publique. En Italie, même les procédures de permutation d'emploi, qui seront bien nécessaires au moment où on est en train de décentraliser, sinon de fédéraliser la République, sont tenues en échec depuis longtemps puisque la perspective alternative du licenciement collectif, bien qu'elle soit prévue par la loi, réside en permanence dans le royaume de l'impossibilité politique ».

¹¹¹⁶ Ibidem, p. 413 : « En ce qui concerne la plupart des agents publics, la privatisation n'a eu d'autre effet que de rendre plus facile l'accès au juge (...), avec comme conséquence une véritable explosion des contentieux. Il est douteux qu'il s'agisse d'un progrès ».

Il nous paraît tout à fait légitime de craindre que ces effets contre-productifs de la privatisation du régime juridique de l'emploi public italien trouveraient à s'appliquer dans le cadre de notre hypothèse de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial – hypothèse nous paraissant de plus en plus improbable. En cela, notre position rejoint notamment celle de Monsieur le Professeur Roberto CARANTA, qui indique que « *les réformes (...) 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*¹¹¹⁷ ».

Afin de tenter de résoudre ces problèmes, l'État italien a mis en œuvre une nouvelle réforme d'importance du régime juridique applicable à son emploi public. Cette réforme tend à rapprocher plus encore qu'auparavant l'emploi public italien de l'emploi public administratif contractuel français.

B. La réintroduction de composantes de droit public dans le régime juridique privé de l'emploi public italien :

Le régime juridique mis en œuvre pour les agents des administrations publiques italiennes est, sur de nombreux points, dérogoire du droit commun du travail : la négociation individuelle est en effet pratiquement absente, le contrat n'étant qu'un acte d'adhésion à une convention collective. La principale avancée de cette privatisation a donc été de confier aux organisations syndicales la négociation collective, qui fixe la quasi-intégralité des conditions de travail de ces agents.

Toutefois, cette faculté a été profondément remise en cause à l'occasion d'une nouvelle réforme adoptée en 2009 qui, « *en essayant de corriger les dysfonctionnements des précédentes réformes, a sensiblement mis en discussion un point-clé du modèle, c'est-à-dire la compétence de la négociation collective*¹¹¹⁸ ». Ainsi, nous pouvons constater en la matière

¹¹¹⁷ Ibidem, p. 413.

¹¹¹⁸ FRUGIS Maurizio. « Le modèle italien de la fonction publique ». *RLCT*, 2012, n°81, pp. 88–92. p. 91.

un retour plus que manifeste au droit public : « *le législateur a (...) établi que plusieurs questions jusqu'à maintenant attribuées à la négociation devaient être exclusivement réglementées par la loi, sauf dans les cas d'une délégation expresse aux conventions. Actuellement la négociation collective est limitée à des zones prédéterminées et le rôle des syndicats en sort particulièrement affaibli¹¹¹⁹* ». S'il ne s'agit pas là d'une contre-réforme – le principe de la privatisation ayant été conservé – l'unilatéralisme a progressivement pris le pas sur la contractualisation des relations de travail, principe pourtant fondateur de la réforme de l'emploi public italien.

En d'autres termes, la privatisation du régime juridique de l'emploi public italien a abouti à la situation suivante : le contrat individuel de travail n'est qu'un acte d'adhésion à une convention collective ; les conventions collectives ne sont aujourd'hui plus véritablement négociées avec les syndicats, mais sont presque unilatéralement adoptées par les pouvoirs publics. Nous évoquions précédemment la ressemblance entre la privatisation de l'emploi public italien et le régime juridique applicable aux agents contractuels des administrations territoriales françaises. Par cette nouvelle réforme, il nous semble que les différences entre ces deux régimes se sont encore estompées.

L'étude de la privatisation opérée en Italie nous a semblé indispensable afin de déterminer la faisabilité de notre hypothèse de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial français. Comme nous l'avons vu, jamais le droit commun du travail n'a pu être appliqué dans son intégralité aux agents publics italiens. Au surplus, nous avons pu noter un retour en force du droit public italien au sein de la relation de travail – pourtant privée – des agents des administrations, pour aboutir à un régime juridique globalement similaire à celui actuellement applicable en France aux agents contractuels des administrations territoriales.

L'étude de la privatisation du régime juridique de l'emploi public menée en Italie constitue donc un nouvel argument en défaveur de notre hypothèse de privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial français.

¹¹¹⁹ Ibidem, p. 89.

CONCLUSION :

Nous avons pu constater, au travers du présent chapitre, en quoi la privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial paraît hautement improbable.

En effet, le droit commun du travail ne saurait s'appliquer directement à l'emploi public administratif territorial sans gravement compromettre le fonctionnement normal des institutions. Une telle privatisation occasionnerait tout d'abord de nombreux inconvénients pour les employeurs territoriaux : perte de la flexibilité liée au travail public à durée déterminée, diminution drastique de leur pouvoir de direction ou encore des exigences comportementales pesant sur les agents. Ensuite, une telle transition engendrerait également de nombreux inconvénients pour les agents eux-mêmes : perte des garanties procédurales offertes en matière disciplinaire, mouvements impossibles entre les fonctions publiques ou encore perte de toute protection fonctionnelle. Ainsi, nous avons donc pu constater qu'une application directe et sans adaptation du droit commun du travail à l'emploi public administratif territorial n'aurait que des effets négatifs, tant pour les employeurs que pour les agents.

Dès lors, et comme cela a été fait en Italie, il serait nécessaire d'introduire de nombreuses dérogations au droit privé applicable aux agents des administrations territoriales afin de pouvoir satisfaire les besoins spécifiques à ce secteur d'activité. En d'autres termes, l'application du droit privé aux agents de administrations territoriales nécessiterait la création d'un droit hybride, ni totalement public, ni totalement privé.

Ce renouveau serait-il satisfaisant ? Le risque serait d'aboutir, à terme, à une situation comparable à celle en vigueur en Italie : un retour à un régime juridique totalement dérogatoire du droit commun. Ainsi, le but initial de simplification serait totalement dévoyé. Au lieu de simplifier l'emploi public administratif territorial en alignant son régime juridique sur celui du droit commun un nouveau droit, ni totalement public, ni totalement privé, devrait être créé de toutes pièces. Nous ne pensons donc pas qu'il s'agit là d'une solution satisfaisante, surtout en raison de la complexification évidente qu'une telle transition engendrerait, à mettre en corrélation avec les bénéfices minimales qu'elle serait susceptible d'apporter.

Toutes ces raisons nous mènent par conséquent à considérer que la privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial n'est pas une solution satisfaisante. Au contraire, une telle hypothèse serait de nature à aggraver la perte de repère de cet emploi, aujourd'hui latente.

TITRE 1

CONCLUSION

Le régime juridique actuellement applicable à l'emploi public administratif territorial n'est pas adapté à l'ensemble de ses missions, comme nous l'avons constaté en première partie de la présente thèse. Nous avons dès lors conjecturé la possibilité selon laquelle le contrat serait susceptible de constituer le moteur du renouveau du régime juridique applicable à cet emploi.

À ce titre, la première hypothèse évoquée a été celle d'une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial. Dans ce cadre, le contrat de travail de droit privé deviendrait l'outil utilisé afin d'adapter le régime juridique de l'emploi public administratif territorial à ses missions.

Une telle hypothèse se justifie pleinement. Nous avons en effet pu constater qu'une telle privatisation est envisageable, et ce pour deux motifs principaux. Tout d'abord, le passage d'un emploi statutaire à un emploi privé a été réalisé avec succès au sein du secteur des postes et télécommunications. Ensuite, le régime juridique applicable aux agents publics et aux salariés relevant du droit privé tend à se rapprocher. En effet, il existe un véritable phénomène de travaillisation du droit de l'emploi public administratif, une hybridation réelle entre le droit public et le droit privé sur de nombreux points. Sur cette base, nous avons pu affirmer que la privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial constituait une hypothèse envisageable.

Toutefois, un examen attentif des spécificités les plus marquantes du régime juridique applicable aux agents publics nous a permis de constater que cette hypothèse est en réalité hautement improbable. En effet, toute privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial nécessiterait de profonds aménagements du droit commun du travail, qui ne pourrait qu'aboutir à la création d'un nouveau droit, ni totalement public, ni totalement privé. De plus, un examen de la privatisation du régime juridique de l'emploi public menée en Italie nous a convaincu du caractère manifestement irréalisable – ou contre-productif – de

cette hypothèse. L'Italie a, au surplus, adopté pour son emploi public un régime juridique globalement similaire à celui actuellement en vigueur en France concernant les agents publics territoriaux contractuels : un contrat de travail peu négocié, qui ne constitue en réalité qu'un acte d'adhésion à un régime juridique décidé unilatéralement.

L'ensemble de ces motifs nous mène donc à considérer que le contrat de travail de droit privé ne serait en aucun cas en mesure de permettre d'adapter le régime juridique de l'emploi public administratif territorial à ses missions.

Dès lors, seul le contrat de droit public nous semble en mesure de répondre à un tel objectif. Il s'agit là de la seconde hypothèse que nous envisagerons.

TITRE 2

***LE CONTRAT DE DROIT PUBLIC, POSSIBLE
OUTIL D'ADAPTATION
DU RÉGIME JURIDIQUE DE L'EMPLOI PUBLIC
ADMINISTRATIF TERRITORIAL
À L'ENSEMBLE DE SES MISSIONS***

Le recrutement statutaire n'est pas en mesure de répondre à l'ensemble des besoins des administrations territoriales, comme nous l'avons vu au sein de la première partie de la présente thèse. Au surplus, alors que le recrutement statutaire est censé constituer le repère de l'emploi public administratif territorial – ce qui devait le distinguer, l'identifier, le singulariser – nous avons pu constater qu'il n'est pas à même d'assurer le fonctionnement normal des institutions. Dès lors, les collectivités territoriales et leurs établissements publics sont contraints d'avoir recours à d'importants recrutements contractuels afin d'assurer le fonctionnement normal des institutions. Partant du constat que le recrutement statutaire n'est pas de taille à permettre seul d'assurer le fonctionnement normal des institutions, nous avons conjecturé la possibilité, pour le contrat, de répondre à cette ambition.

À ce titre, nous avons tout d'abord émis l'hypothèse selon laquelle le contrat de droit privé serait susceptible de répondre à l'ensemble de ces besoins. Cette hypothèse s'est cependant révélée infructueuse. Une seconde hypothèse nous semble dès lors devoir être évoquée : celle du contrat de droit public. Si le contrat de travail de droit privé est insusceptible de constituer le nouveau repère de cet emploi, seul le contrat de droit public pourrait permettre d'y parvenir. Plusieurs possibilités sont alors envisageables.

Dans un premier temps, il convient d'envisager l'hypothèse selon laquelle la contractualisation de certains aspects aujourd'hui régis par le statut pourrait permettre d'accroître son attractivité. Le but serait de gommer les imperfections du recrutement

statutaire – imperfections que l'on pourrait supposer à l'origine des recrutements contractuels. Ces composantes contractuelles, qui atténuerait l'unilatéralité des relations de travail, pourraient permettre d'accroître l'attractivité du recrutement statutaire et – du moins le suppose-t-on - corrélativement de diminuer l'attrait du recrutement contractuel. Ce faisant, le statut, amélioré par le biais du contrat, pourrait être à même de satisfaire l'ensemble des besoins des administrations territoriales (CHAPITRE 1).

Une telle modernisation du régime statutaire actuellement en vigueur serait-elle seule satisfaisante ? Nous ne le pensons pas, raison pour laquelle une seconde possibilité doit être envisagée dans un second temps : le remplacement du recrutement statutaire par le recrutement contractuel. Dans cette hypothèse, le contrat deviendrait donc au centre de la relation entre l'administration et ses agents. Les agents ne seraient donc plus nommés, mais uniquement recrutés sur la base de contrats de droit public. Cette hypothèse nous paraît être la seule à même d'aboutir à la création d'un régime juridique de l'emploi public administratif territorial parfaitement adapté aux missions des administrations territoriales. Au surplus, la mise en œuvre d'une telle hypothèse semble relativement aisée (CHAPITRE 2).

CHAPITRE 1

LE CONTRAT DE DROIT PUBLIC, OUTIL D'UNE INSUFFISANTE AMÉLIORATION DU DÉROULEMENT DE LA CARRIÈRE DES FONCTIONNAIRES

Le contrat de droit public, en se greffant au modèle statutaire actuellement en vigueur, pourrait permettre d'en moderniser le régime juridique, d'en accroître l'attractivité tant pour les fonctionnaires que pour les employeurs territoriaux. Le contrat de droit public, tel que nous le conjecturons au sein du présent chapitre, ne doit pas être confondu avec le contrat de recrutement de droit public actuellement en vigueur. Notre hypothèse consiste en effet à greffer au modèle statutaire des composantes contractuelles afin de renforcer son efficacité, son adéquation aux besoins des administrations territoriales. Ce faisant, le contrat de droit public – envisagé sous cet aspect – pourrait permettre de limiter le recours aux agents non titulaires de droit public : le statut, renforcé par cette nouvelle composante contractuelle, permettrait de mieux répondre aux besoins des administrations territoriales.

Cette hypothèse, évoquée notamment par le Conseil d'État au sein de son rapport public rendu en 2003¹¹²⁰ ne manque pas d'étonner puisqu'elle propose d'associer deux mécanismes a priori inconciliables : le recrutement statutaire et des composantes contractuelles. Par principe les fonctionnaires territoriaux dont la situation est essentiellement légale et réglementaire ne connaissent pas le recours au contrat. En diminuant l'unilatéralisme de leur situation, en accroissant la négociation au sein du statut, le statut ainsi rénové pourrait accroître son attractivité pour les employeurs territoriaux, ce qui permettrait corrélativement de limiter les recrutements d'agents contractuels.

¹¹²⁰ Conseil d'État. *Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*. Paris : La Documentation française, 2003, 448 p.

Dans une telle hypothèse, le contrat pourrait compléter le régime statutaire selon deux modalités distinctes. Tout d'abord, et sur le plan collectif, le contrat pourrait permettre d'impliquer davantage les agents – ou du moins leurs représentants syndicaux – dans la détermination de leurs conditions de travail (SECTION I). Toutefois, l'état actuel du droit se révèle tout à fait satisfaisant. La portée d'une telle évolution serait par conséquent particulièrement limitée.

Ensuite, d'un point de vue individuel, le contrat pourrait permettre la mise en place d'une négociation quant aux conditions d'affectation de l'agent sur son emploi (SECTION II). De telles conventions pourraient être qualifiées de « *contrats d'affectation sur emploi*¹¹²¹ ». Toutefois, l'intérêt d'une telle réforme paraît également des plus discutables, l'état actuel du droit paraissant là encore tout à fait satisfaisant.

SECTION I - La convention collective, insuffisante amélioration contractuelle du régime statutaire de l'emploi public administratif territorial :

Le contrat pourrait tout d'abord permettre une modernisation du régime statutaire de la fonction publique territoriale en devenant l'outil d'une négociation collective nouvelle et contraignante, aujourd'hui inconnue des fonctionnaires en général et donc des fonctionnaires territoriaux en particulier.

Même si les conventions collectives contraignantes telles qu'elles sont conçues en droit privé sont aujourd'hui à proprement parler absentes du corpus juridique applicable aux fonctionnaires territoriaux il n'en demeure pas moins que la négociation collective est un droit reconnu de longue date aux fonctionnaires. Des auteurs remarquent ainsi que « *dans une approche sociologique, des procédures de négociation aux formes diversifiées existent depuis le début du XXe siècle*¹¹²² ». D'un point de vue juridique, un tel droit est spécifiquement apparu au sein du préambule de la constitution du 27 octobre 1946, qui rappelle que « *tout*

¹¹²¹ Conseil d'État. *Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*. Paris : La Documentation française, 2003, 448 p., pp. 342-344.

¹¹²² REHFELDT Udo, VINCENT Catherine. « Négocier dans les services publics : dimensions procédurales et stratégiques ». *Revue de l'IREs*, 2004, n°45, p. 14.

travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ». Tous les travailleurs étant concernés par ces dispositions, rien ne permettait d'exclure les agents publics du bénéfice de cette avancée. Sur ces bases, un processus de négociation dans la fonction publique s'est mis en place, aboutissant à la signature de protocoles d'accord entre les organisations syndicales et le gouvernement. Le premier d'entre eux est le protocole OUDINOT du 2 juin 1968¹¹²³. Toutefois, ces protocoles d'accord ne constituent pas de véritables conventions, puisque leur portée juridique est nulle. Ils s'apparentent en réalité plus à des déclarations d'intention, comme nous l'évoquerons ultérieurement.

Ainsi, sur la base de cette pratique des protocoles d'accord, l'article 8 du statut général des fonctionnaires a précisé, dès sa rédaction initiale, que : *« les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour conduire au niveau national avec le Gouvernement des négociations préalables à la détermination de l'évolution des rémunérations et pour débattre avec les autorités chargées de la gestion, aux différents niveaux, des questions relatives aux conditions et à l'organisation du travail¹¹²⁴ »*. L'étendue des négociations était donc fortement réduite, puisque réservées aux conditions de rémunérations ; l'organisation du travail, quant à elle, n'était que débattue, aucunement négociée. Toutefois, la loi du 5 juillet 2010¹¹²⁵ a étendu les possibilités offertes aux fonctionnaires en cette matière. Ainsi, il est désormais prévu que *« les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour participer au niveau national à des négociations relatives à l'évolution des rémunérations et du pouvoir d'achat des agents publics [mais également] aux conditions et à l'organisation du travail, et au télétravail (...), au déroulement des carrières et à la promotion professionnelle (...), à la formation professionnelle et continue (...), à l'action sociale et à la protection sociale complémentaire (...), à l'hygiène, à la sécurité et à la santé au travail (...), à l'insertion professionnelle des personnes handicapées [mais aussi] à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes¹¹²⁶ »*. Ce faisant, le législateur a entendu procéder à un élargissement plus que notable du domaine de la négociation.

¹¹²³ En ce sens, voir notamment : SAUTEREAU Nicolas. « Vers un dialogue social rénové dans la fonction publique ? ». *AJFP*, 2011, n°2, p. 93.

¹¹²⁴ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. L'article 8, dans sa rédaction initiale, est ici cité.

¹¹²⁵ 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. Article 1^{er}.

¹¹²⁶ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174. L'article 8 bis de cette loi est cité, dans sa rédaction issue de la loi du 5 juillet 2010.

Il convient donc, dans un premier temps, de s'attarder sur la portée et l'étendue des négociations actuellement en vigueur concernant les fonctionnaires (§1). Ce mécanisme, qui présente de nombreux avantages pour les employeurs publics, mérite en effet d'être étudié plus avant.

Comme nous le constaterons, la pratique actuelle – même si elle semble désuète au regard des pratiques en vigueur en droit privé – se révèle satisfaisante. Toute modification de cette pratique, par la mise en œuvre de véritables conventions collectives, serait particulièrement malaisée. Au surplus, une telle modernisation de la fonction publique territoriale n'aurait qu'un effet marginal – voire même aucun effet – sur l'efficacité du recrutement statutaire (§2).

§1 – La pratique actuelle de la négociation collective :

Aucun accord collectif contraignant n'est à proprement parler connu des fonctionnaires. Il n'existe en effet en la matière aucune véritable convention collective au sens du droit privé. Pourtant, les organisations syndicales représentatives ont qualité pour participer à des négociations relatives aux conditions de travail des agents publics. Toutefois, ce mécanisme est tout à fait singulier. En effet, et comme le remarque Arnaud FREYDER, *« le dialogue social dans la fonction publique présente d'indéniables spécificités (...). [C'est] l'État employeur qui fixe unilatéralement les conditions d'emploi de ses agents, ainsi que l'étendue de leurs droits et obligations, sans que puissent s'y opposer des droits acquis. Cela emporte principalement deux conséquences, qui constituent autant de spécificités fortes du dialogue social dans la fonction publique. En premier lieu, la fonction publique est le secteur où la confusion des rôles de régulateur et de négociateur de l'État est totale : il n'y a pas d'acteur patronal dans la fonction publique, c'est-à-dire aucun équivalent d'un « Medef des employeurs publics » qui mènerait les discussions avec les fédérations de fonctionnaires. En second lieu, les accords conclus dans la fonction publique n'ont qu'une valeur politique et morale : en raison de la « situation statutaire et réglementaire » des fonctionnaires, les accords conclus entre le gouvernement et les syndicats ne trouvent de traduction concrète et de portée normative qu'au bénéfice des lois et règlements qui les traduisent dans les*

*faits*¹¹²⁷ ». La place de la négociation collective, au sein de la fonction publique, est donc tout à fait singulière.

Afin d'analyser plus précisément le mécanisme de négociation actuellement en vigueur, il convient dans un premier temps de s'attarder sur la place actuelle des négociations au sein de la fonction publique (A). Ensuite, nous pourrions évoquer l'absence de toute portée juridique et normative des protocoles d'accord ainsi conclus (B).

A. Le caractère facultatif de la négociation collective en matière de fonction publique :

La loi du 5 juillet 2010¹¹²⁸ a complété le droit de négocier collectivement certains aspects du déroulement de la carrière des fonctionnaires. Pour autant, malgré cette évolution, il existe sur ce point une différence particulièrement marquée avec le droit à la négociation collective offerte par le droit du travail.

Ainsi, le droit à la négociation collective offert aux fonctionnaires n'a aucun caractère obligatoire : l'organisation même d'une négociation est purement facultative¹¹²⁹. Si l'article 8 bis du statut général de la fonction publique précise qu'il existe un droit à négociation, il n'y attribue pour autant aucun caractère contraignant. La situation est bien différente en droit privé, où la négociation collective y est obligatoire depuis la loi du 13 novembre 1982¹¹³⁰.

¹¹²⁷ FREYDER Arnaud. *La fonction publique : chronique d'une révolution silencieuse*. Paris : LGDJ, Lextenso éditions, 2013. 382 p. pp. 198-199.

¹¹²⁸ 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.

¹¹²⁹ En ce sens, voir notamment : FERKANE Ylias. « L'arrivée d'un droit de la négociation dans la fonction publique » in *Droits du travail et des fonctions publiques : Unité(s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations. Actes du colloque de Nanterre – Automne 2010*, dir. TOUZEIL-DIVINA Mathieu. Paris : éditions l'Épilogue, Lextenso, 2012. 260 p. pp. 129-138. L'auteur indique, concernant une éventuelle obligation de négociation, qu'il semblait pourtant s'agir d'une volonté des syndicats. Il précise ainsi (p. 135) : « Existe-t-il à l'instar du droit du travail une obligation de négocier dans la fonction publique ? Non. Toutefois il s'en est fallu de peu pour que ce soit le cas. En effet, les accords de Bercy signés en 2008 par six des huit organisations syndicales représentatives de fonctionnaires prévoyaient la mise en place d'une obligation de négocier sur le pouvoir d'achat. L'idée n'a finalement pas été reprise par le législateur. On peut le regretter car pareille obligation aurait assurément conféré au droit de négocier dans la fonction publique un tout autre relief ».

¹¹³⁰ Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^e loi Auroux). *JORF*, 14 novembre 1982, p. 3414. L'article 4 de cette loi est notamment venu apporter un nouvel article L132-12 au code du travail, qui précise que « Les organisations qui sont liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels, se réunissent, au moins une fois par an,

Aujourd'hui, cette obligation de négocier périodiquement les conditions de travail des salariés est prévue aux articles L2241-1 et suivants du code du travail.

Le droit de la négociation collective est donc, en matière privée, un véritable droit créance, soit un « *droit à* ». Il est donc possible, si nécessaire par voie judiciaire, d'exiger la mise en œuvre de ce droit. En matière publique, il s'agit au contraire d'un droit liberté, soit un « *droit de*¹¹³¹ ». Autrement dit, si la négociation collective s'impose en droit privé, elle n'est que facultative pour les fonctionnaires. Elle ne constitue qu'une simple possibilité.

En d'autres termes, les représentants syndicaux des fonctionnaires n'ont aucune possibilité pour initier une négociation. Ces derniers sont par conséquent soumis au bon vouloir du gouvernement qui décide unilatéralement de la tenue ou non de négociations collectives. Le Conseil d'État, au sein de son rapport annuel rendu en 2003, pointait déjà cette lacune : « *aucun texte ne prévoit une périodicité obligatoire pour engager une négociation sur les différents sujets de fonction publique, si bien que la négociation est octroyée par le Gouvernement, et même que la question de savoir si et quand il convient d'engager une négociation sur tel ou tel sujet devient en soi une cause de discussion, de tiraillement voire de conflit entre pouvoirs publics et organisations syndicales et entre celles-ci. Les pouvoirs publics ont souvent davantage recours à la négociation pour montrer leur capacité d'avoir un dialogue approfondi avec les organisations syndicales que parce qu'ils sont convaincus de la nécessité de passer par la voie de la négociation ; ils n'y ont recours de ce fait qu'avec parcimonie, car ils savent que dès qu'une négociation est ouverte, ils sont obligés d'aller jusqu'au bout, sauf à devoir admettre un échec politique, ou devoir « payer le prix » d'un accord¹¹³²* ». Le mécanisme de la négociation collective mis en œuvre dans le cadre de la fonction publique est donc revêtu d'une part d'unilatéralisme puisque seul le gouvernement dispose de la faculté de provoquer une négociation et d'en déterminer l'étendue et le sujet.

pour négocier sur les salaires et, au moins une fois tous les cinq ans, pour examiner la nécessité de réviser les classifications ».

¹¹³¹ En ce sens : PICHARD Marc. *Le droit à : étude de législation française*. Paris : Economica, 2006. 566 p. (cité par FERKANE Ylias, précité). L'auteur précise que : « *Le mot droit est de ceux qui sont sensibles à l'alternance de/à, c'est à dire qui sont susceptibles de se construire avec l'une ou l'autre proposition qui, en elles-mêmes, ne veulent rien dire mais qui, couramment, relient les deux mêmes termes, cette différence de construction conférant aux expressions ainsi créées des sens distincts (...) Si le premier mot de l'expression est « droit », l'alternance de/à correspond à pouvoir de faire et d'exiger (...) Le titulaire d'un droit de est donc actif, le titulaire d'un droit est passif* ».

¹¹³² Conseil d'État. *Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*. Paris : La Documentation française, 2003, 448 p., p. 333.

Au surplus, l'issue de ces négociations est également particulière en ce qu'elle ne présente aucun caractère contraignant pour les parties.

B. L'absence de portée normative des accords collectifs conclus en matière de fonction publique :

Les fonctionnaires ne sont titulaires que d'un droit à la négociation collective et non d'un quelconque droit créance au contraire des salariés relevant du droit privé. Les organisations syndicales représentatives des fonctionnaires restent donc soumises au bon vouloir du gouvernement quant à la tenue d'éventuelles négociations.

Il ne s'agit cependant pas là de la seule différence entre ces deux régimes. En effet, le Conseil d'État a notamment rappelé au sein d'un arrêt rendu le 19 juin 2006 que les négociations collectives menées en matière de fonction publique aboutissent à la conclusion d'un protocole d'accord qui présente « *le caractère d'un simple relevé de conclusions, établi à l'issue de négociations menées avec ces organisations syndicales et destiné à orienter le comportement des partenaires sociaux dans leurs relations réciproques ; qu'un tel document n'a pas le caractère d'un acte susceptible de recours devant le juge administratif*¹¹³³ ». Autrement dit, les protocoles d'accord signés à l'issue des négociations collectives prévues par le statut général de la fonction publique n'ont aucune valeur juridique contraignante et ne peuvent donc être considérés comme des actes faisant griefs susceptibles d'être contestés par devant la juridiction administrative. Marcel POCHARD précise d'ailleurs, sur ce point, que « *pour que l'accord ait une portée juridique, il faut qu'il soit traduit par un vecteur juridique c'est-à-dire par une loi ou un décret. Cela ne veut pas dire que ces accords n'aient pas de valeur, loin de là. Bien au contraire, ils ont une valeur politique et morale, et aucun gouvernement ne renoncerait à mettre en œuvre un accord. Cela dit ces « contrats » n'ont pas la même signification qu'un acte qui a valeur juridique par lui-même*¹¹³⁴ ». Les protocoles d'accord conclus entre les organisations syndicales représentatives et les pouvoirs publics n'ont donc aucune portée normative.

¹¹³³ CE, 19 juin 2006, *Syndicat national unifié des impôts*, n°279877. *Dr. Soc.*, 2006, n°09-10, p. 890, concl. Y. Struillou. *Dr. Soc.*, 2006, n°09-10, p. 897, comm. P.-H. Antonmattei.

¹¹³⁴ POCHARD Marcel. « La place donnée au contrat dans l'organisation de la fonction publique ». *AJDA*, 2003, n°19, p. 991.

Dès lors, on ne peut que s'interroger sur la qualification juridique donnée à ces protocoles d'accord. Il nous semble pour l'heure impossible de les considérer comme de véritables contrats puisqu'ils ne constituent en réalité que des déclarations d'intention, sans aucune portée normative, sans obligations réciproques. Ces protocoles d'accord ne répondent par conséquent pas à la définition du contrat, telle qu'elle est précisée par l'article 1101 du code civil : « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». En l'absence de toute obligation ces protocoles d'accord ne sauraient être considérés comme de véritables contrats. En cela, ils rejoignent « *la catégorie des contrats « faux-amis » dont le nombre ne cesse de croître dans tous les domaines. [Ils rejoignent], par exemple, les contrats de décentralisation industrielle, les contrats de localisation ou les conventions d'objectifs ou de programme qui se développent dans les secteurs économiques et sociaux. L'énoncé d'objectifs ou d'engagements moraux n'est pas incompatible avec la nature contractuelle d'un acte. Mais lorsque cet acte ne contient pas d'autres dispositions, il n'est pas possible de lui conserver une « appellation », celle de contrat, qui n'est pas, et qui ne doit pas devenir, un simple « label »¹¹³⁵ ». Les protocoles d'accord conclus suite à une négociation collective concernant la fonction publique ne sauraient donc être regardés comme de véritables contrats.*

Est-il nécessaire de conférer à ces accords une véritable portée juridique ? L'introduction d'une négociation collective contraignante serait-elle de nature à améliorer significativement l'efficacité du recrutement statutaire ? Cette hypothèse, bien qu'envisageable, ne nous semble toutefois pas crédible.

¹¹³⁵ MADIOT Yves. « Note sous CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Écologie* ». *RFDA*, 1997, n°2, p. 343. L'auteur fait ici référence aux contrats de plan, tout aussi dénués de valeur contraignante que ne le sont les protocoles d'accord conclus suite à une négociation collective concernant la fonction publique.

§2 – L’opportunité discutable de la mise en œuvre de véritables conventions collectives au sein du régime statutaire :

La négociation collective dans la fonction publique n’entraîne la conclusion d’aucune véritable convention, uniquement des accords de principe sans portée normative. Au surplus, la négociation n’est pas un droit, mais uniquement une faculté laissée à la libre appréciation du gouvernement. Le Conseil d’État déplore de ce fait que « *la négociation sociale [dans la fonction publique] reste rare et pauvre, notamment au regard de l’intensité des négociations dans le secteur privé ; elle est intermittente, et si les thèmes de négociations ont pu se diversifier, l’éventail des accords conclus reste relativement limité. Cette situation n’est pas sans lourdes conséquences, car elle contribue à maintenir les relations sociales de la fonction publique dans un état passablement désuet, au regard du principe de participation qui, dans une société moderne, implique des engagements réciproques entre partenaires placés sur un pied d’égalité et responsables*¹¹³⁶ ».

De ce fait, nous évoquons l’hypothèse selon laquelle l’introduction de véritables conventions collectives au sein du régime juridique de l’emploi public administratif territorial serait susceptible de renforcer l’efficacité du recrutement statutaire. Toutefois, l’opportunité d’une telle réforme nous paraît des plus discutables. Il convient, en premier lieu, de noter que la mise en œuvre d’un tel mécanisme serait susceptible d’occasionner de nombreuses difficultés, quelle que soit la forme et l’étendue qui lui serait accordée (A). De plus, à notre sens, une telle réforme serait loin de permettre au statut de recouvrer son lustre, de lui permettre de répondre à l’ensemble des besoins des administrations territoriales (B).

Au surplus, un autre facteur en défaveur de la mise en œuvre d’une telle réforme nous semble devoir être rappelé : l’expérience italienne, dont nous avons précédemment évoqué les travers, notamment relatifs à la négociation collective. Les dysfonctionnements ainsi causés ont conduit le gouvernement italien, comme nous l’avons déjà évoqué, à limiter très fortement

¹¹³⁶ Conseil d’État. *Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*. Paris : La Documentation française, 2003, 448 p., p. 333.

l'étendue de la négociation collective en matière d'emploi public¹¹³⁷, pour revenir à un système majoritairement teinté d'unilatéralisme¹¹³⁸.

A. Les difficultés liées à la mise en œuvre d'une telle réforme :

La mise en œuvre de véritables conventions collectives au sein du droit de la fonction publique poserait de nombreuses difficultés. À titre liminaire, il convient de rappeler que dans le cadre de la présente hypothèse, il ne s'agirait pas d'adopter un système au titre duquel la position statutaire et réglementaire des fonctionnaires serait totalement remise en cause. Au contraire, il s'agirait d'adopter un dispositif visant à compléter les statuts. Les sujets soumis à négociation collective devraient donc être limités afin de ne pas remettre en cause le principe même du statut. Il s'agirait donc là, en d'autres termes, d'adopter un régime similaire à celui mis en œuvre au sein des entreprises publiques à statut, pour lesquelles « *des conventions ou accords d'entreprises peuvent compléter les dispositions statutaires ou en déterminer les modalités d'application dans les limites fixées par le statut*¹¹³⁹ ».

Le Conseil d'État a déjà, là encore, relevé une difficulté : « *à volume d'encadrement législatif et réglementaire actuel inchangé, ce n'est probablement que sur des segments très limités des conditions d'emploi et de travail des fonctionnaires que des négociations pourraient aboutir à des accords collectifs*¹¹⁴⁰ ». Sans une modification profonde des statuts relative aux sujets pouvant être soumis à la négociation collective, l'intérêt même d'une telle réforme paraît plus que discutable.

La question de la définition des nouvelles limites de la négociation collective ne manquerait par conséquent pas de se poser. L'équilibre à trouver paraît particulièrement délicat : sans modification de la liste des sujets aujourd'hui soumis à discussion, la réforme

¹¹³⁷ L'expression emploi public est ici utilisée dans le sens d'emploi au service des administrations publiques puisque, comme nous l'avons précédemment évoqué, l'Italie a procédé à la privatisation de la majeure partie de son emploi public.

¹¹³⁸ En ce sens, voir les développements du chapitre 2 du titre 1 de la partie II de la présente thèse.

¹¹³⁹ Article L2233-2 du code du travail.

¹¹⁴⁰ Conseil d'État. *Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*. Paris : La Documentation française, 2003, 448 p., p. 335.

n'aurait que peu d'intérêt ; avec un élargissement trop important des sujets soumis à discussion, c'est la spécificité même du droit de l'emploi public administratif, l'unilatéralisme, qui disparaît.

Outre cette première difficulté, une seconde se pose quant aux modalités pratiques de mise en œuvre du caractère contraignant des accords ici conjecturés. Nous l'avons précisé, l'idée n'est pas de remettre en cause le principe selon lequel le fonctionnaire est placé dans une situation statutaire et réglementaire. Deux pistes nous semblent alors devoir être explorées.

Il paraît tout d'abord possible d'envisager que ces accords ne sont pas directement applicables, mais obligent le législateur et le pouvoir réglementaire à les transposer dans un délai déterminé. Le Portugal est un pays Européen qui, en vue de moderniser sa fonction publique, a adopté un régime similaire à celui que nous conjecturons. Ainsi, ce pays a organisé « *un régime spécifique des relations du travail dans la fonction publique [par le vote d'une loi en date du 26 mai 1998]. Ce texte (...) définit les sujets susceptibles de faire l'objet d'accord, les procédures de discussion et il met à la charge de l'administration une obligation d'exécution de l'accord régulièrement conclu. Les mesures réglementaires nécessaires à la mise en œuvre de l'accord doivent être prises dans un délai de 180 jours. S'il s'agit de mesures législatives, le gouvernement doit déposer le projet de loi correspondant dans un délai de 45 jours*¹¹⁴¹ ». Un tel procédé paraît difficilement transposable en France. En effet, et pour le cas où la négociation serait menée au niveau national, l'exercice du pouvoir réglementaire du premier ministre ne saurait valablement être limité par la loi¹¹⁴². Le Conseil Constitutionnel a déjà eu l'occasion d'affirmer, notamment à l'occasion d'une décision rendue le 14 décembre 2006, « *qu'en vertu de l'article 21 de la Constitution et sous réserve de son article 13, le Premier ministre exerce le pouvoir réglementaire à l'échelon national* » et d'en déduire qu'aucune faculté n'est offerte au législateur de « *subordonner (...) l'exercice, par le Premier ministre, de son pouvoir réglementaire*¹¹⁴³ ». Concernant l'obligation de

¹¹⁴¹ FOURNIER Jacques. *Le dialogue social dans la fonction publique : livre blanc*. France, Ministère de la fonction publique et de la réforme de l'État, La Documentation française, 2002, 203 p. pp. 88-89.

¹¹⁴² Sur la question générale de la limitation du pouvoir réglementaire, voir notamment : MATHIEU Bertrand. « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative ». *Pouvoirs*, 2005, n°114, pp. 73-87.

¹¹⁴³ Cons. Const., 14 décembre 2006, n°2006-544 DC. *JORF*, 22 décembre 2006, p. 19356. *Rec.*, p. 129. Sur ce point, voir également : LUPPI Philippe. « L'unité du pouvoir réglementaire du Premier ministre et son caractère *ab initio* ». *AJDA*, 2007, n°30, p. 1643. L'auteur y rappelle que : « *Le Conseil constitutionnel pose en*

déposer un projet de loi dans un délai déterminé, il s'agirait là également d'une limite plus que manifeste au pouvoir confié au premier ministre par l'article 39 alinéa 1^{er} de la constitution de 1958, selon lequel « *l'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement* ». Un mécanisme similaire à celui mis en œuvre au Portugal nous semble par conséquent complexe à transposer en France, sauf bien entendu à envisager de réformer également la constitution.

La seconde possibilité évoquée par Jacques FOURNIER au sein de son livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique nous semble bien plus réalisable. L'auteur indique en effet que « *si l'on veut avancer dans la voie d'une consécration de la valeur juridique de la convention, [il convient] de recourir à une autre solution [que celle de limiter l'étendue du pouvoir réglementaire]. Celle qui semble la plus expédiente, (...) consisterait à organiser une procédure d'homologation des conventions régulièrement conclues*¹¹⁴⁴ ». Une telle procédure ne serait pas inédite, puisqu'elle a déjà cours notamment concernant les accords conclus entre la caisse nationale d'assurance maladie et les syndicats de médecins. La constitutionnalité d'une telle méthodologie a déjà été validée par le Conseil Constitutionnel¹¹⁴⁵. Se pose dès lors la question de savoir si de telles conventions homologuées pourraient toujours être qualifiées de contrats, et donc avoir droit de cité au sein de la présente étude, ou si elles ne constitueraient en réalité que des « *actes réglementaires négociés*¹¹⁴⁶ ». La formulation employée par le Conseil d'État au sein d'un arrêt rendu le 18

règle générale qu'en vertu de l'article 21 de la Constitution et sous réserve de son article 13, le Premier ministre exerce le pouvoir réglementaire à l'échelon national. (...) Le Premier ministre, de par la Constitution, est le détenteur de droit commun du pouvoir réglementaire au niveau étatique. La Constitution de 1958 a maintenu au profit du Premier ministre un pouvoir que ce dernier (en sa qualité de président du conseil) tenait déjà de la Constitution de 1946. Elle a consacré l'autorité du Premier ministre dans l'exercice du pouvoir réglementaire pour mieux confirmer son rôle de direction de l'action gouvernementale ».

¹¹⁴⁴ FOURNIER Jacques. *Le dialogue social dans la fonction publique : livre blanc*. France, Ministère de la fonction publique et de la réforme de l'État, La Documentation française, 2002, 203 p. p. 88.

¹¹⁴⁵ Cons. Const., 22 janvier 1990, n°89-269 DC. *JORF*, 24 janvier 1990, p. 972. *Rec.*, p. 33. Le Conseil Constitutionnel précise, en son considérant n°23, que : « *Considérant que l'entrée en vigueur de l'une ou l'autre des conventions prévues par l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale est subordonnée à son approbation par l'autorité ministérielle ; que cette approbation a pour effet de conférer un caractère réglementaire aux stipulations de la convention qui entrent dans le champ des prévisions de l'article L.162-6 du code précité ; que ce mécanisme de mise en œuvre des principes posés par la loi, dont la sphère d'application et la portée sont étroitement circonscrites, n'est pas contraire à l'article 21 de la Constitution* ».

¹¹⁴⁶ MAUGUE Christine. « *Conclusions sur Conseil d'État, Section, 17 mars 1997, Syndicat des médecins d'Aix et région, Fédération française des médecins généralistes* ». *RFDA*, 1997, n°6, p. 1139.

octobre 1974 laisse penser qu'il s'agit là bien de contrats administratifs¹¹⁴⁷, et ne peut dès lors que valider la pertinence de leur étude au sein de la présente thèse.

La seconde de ces possibilités – à savoir la mise en œuvre de conventions collectives homologuées – constitue à notre sens la seule voie réellement envisageable, bien qu'elle présente de nombreuses difficultés pratiques, comme nous allons le voir.

Dans le cadre de la mise en œuvre de conventions collectives homologuées de nombreuses difficultés, là encore d'ordre constitutionnel, ne manqueraient pas de se présenter. Jacques FOURNIER, toujours au sein de son livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique, identifie trois séries de limites à cette hypothèse¹¹⁴⁸. En premier lieu, il serait nécessaire « *que l'homologation ne porte pas sur les stipulations des accords dont la mise en œuvre nécessite des mesures d'ordre législatif* ». En second lieu, il serait indispensable « *que la compétence de l'autorité réglementaire ne soit pas liée par la conclusion de l'accord. En d'autres termes l'homologation ne serait pas obligatoire* ». Enfin, en troisième lieu, il serait obligatoire de prévoir « *qu'en cas d'absence d'accord ou d'homologation les questions ayant fait l'objet de la négociation pourraient être traitées par la voie réglementaire unilatérale* ».

Autrement dit, l'intérêt même de la mise en œuvre d'une telle procédure d'homologation paraît plus que discutable, puisque dans tous les cas de figure l'autorité administrative resterait libre d'homologuer ou non la convention ainsi conclue. Mettre en œuvre une telle procédure d'homologation constituerait donc plus une réforme d'ordre cosmétique qu'un véritable bouleversement du droit de la négociation collective au sein de la fonction publique territoriale. Le résultat objectivement constatable à l'issue des négociations serait donc similaire à celui actuellement en vigueur : l'autorité territoriale – ou le

¹¹⁴⁷ CE, 18 octobre 1974, *Confédération nationale des auxiliaires médicaux*, n°88076. *Leb.*, p. 495. La haute juridiction, évoquant une convention conclue entre d'une part la caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés, la caisse nationale d'assurance maladie et maternité des travailleurs non-salariés des professions non agricoles et la caisse centrale de secours mutuels agricoles et, d'autre part, la fédération française des masseurs kinésithérapeutes rééducateurs, indique que : « *considérant qu'en application de ces dispositions une convention nationale a été conclue entre (...) ; que cette convention a été approuvée par un arrêté interministériel du 14 juin 1972* ». La haute juridiction emploie donc le terme « *convention* » à propos de cet accord, ce qui amène le Commissaire du Gouvernement MAUGUE à considérer que « *sans doute ces conventions présentent-elles par elles-mêmes le caractère de contrats administratifs* » (MAUGUE Christine. « *Conclusions sur Conseil d'État, Section, 17 mars 1997, Syndicat des médecins d'Aix et région, Fédération française des médecins généralistes* ». *RFDA*, 1997, n°6, p. 1139).

¹¹⁴⁸ FOURNIER Jacques. *Le dialogue social dans la fonction publique : livre blanc*. France, Ministère de la fonction publique et de la réforme de l'État, La Documentation française, 2002, 203 p. p. 89.

gouvernement dans le cadre d'une négociation à caractère national – resterait maître des dispositions de la convention auxquelles il conférerait une portée juridique.

Toutes ces raisons sont très certainement celles qui ont conduit le législateur, à l'occasion de sa réforme du dialogue social dans la fonction publique adoptée en 2010¹¹⁴⁹, à ne pas remettre en cause le principe du système de la négociation collective dans la fonction publique. Toutefois, à l'occasion de cette réforme, « *le législateur a réussi un exploit : définir les conditions de validité d'une norme qui reste à ce jour dépourvue... de portée normative*¹¹⁵⁰ ». En effet, par cette loi le législateur a entendu définir les critères de validité des protocoles d'accord signés à l'issue des négociations collectives. Ainsi, l'article 8 bis IV du statut général de la fonction publique précise désormais qu'un « *accord est valide s'il est signé par une ou plusieurs organisations syndicales de fonctionnaires ayant recueilli au moins 50 % du nombre des voix lors des dernières élections professionnelles organisées au niveau auquel l'accord est négocié*¹¹⁵¹ ». Il s'agit donc là ni plus ni moins que d'un véritable « *oxymoron juridique*¹¹⁵² », puisqu'ont été définies les conditions de validité d'actes intrinsèquement dépourvus de toute portée normative.

Monsieur le Professeur Didier JEAN-PIERRE observe toutefois, sur ce point, que « *s'occuper de hiérarchie d'actes sans valeur juridique pourrait passer comme un non-sens. Mais, probablement ne faut-il voir dans ce texte de loi que la première étape d'une démarche d'une autre ampleur tendant à reconnaître dans la fonction publique l'existence future de conventions collectives venant « compléter » le statut. Sans préjuger de la force juridique que pourraient avoir ces conventions et de leur combinaison avec le pouvoir réglementaire, le législateur laisse le temps aux esprits de s'habituer à ce qui pourrait être dans un plus ou moins proche avenir une nouvelle source du droit de la fonction publique*¹¹⁵³ ».

¹¹⁴⁹ 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.

¹¹⁵⁰ MARC Emmanuelle, STRUILLOU Yves. « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles ». *DA*, 2010, n°11, étude 20.

¹¹⁵¹ Cette rédaction de l'article 8 bis IV de la loi n°84-53 est issue de l'article 1^{er} de la loi n°2010-751 du 5 juillet 2010.

¹¹⁵² MARC Emmanuelle, STRUILLOU Yves. « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles ». *DA*, 2010, n°11, étude 20.

¹¹⁵³ JEAN-PIERRE Didier. « La rénovation du dialogue social dans la fonction publique ». *JCP A*, 2010, n°38, 2284.

La réforme conjecturée paraît donc réalisable, même si de nombreux obstacles ne manqueraient pas de se présenter. Au surplus, la procédure d'homologation pourrait ne constituer en réalité qu'une réforme cosmétique, le caractère contraignant des accords étant de fait plus que discutable. En tout état de cause, le principe d'une telle réforme semble – comme le remarque Monsieur le Professeur Didier JEAN-PIERRE – déjà acté.

Toujours est-il que si une telle réforme est techniquement possible, serait-elle véritablement de nature à accroître l'efficacité du recrutement statutaire ?

B. L'insuffisance d'une réforme de la négociation collective afin d'accroître l'efficacité du recrutement statutaire :

Nous avons déjà précédemment émis de sérieuses réserves quant à l'opportunité d'une réforme visant à donner aux négociations collectives une quelconque force contraignante tout en préservant le caractère essentiellement statutaire et réglementaire de la situation des agents publics. Il n'est pas certain que les pratiques soient susceptibles de changer par le biais d'une procédure d'homologation. Au surplus, le Conseil d'État considérait déjà en 2003 – et donc avant même la réforme opérée par la loi du 5 juillet 2010¹¹⁵⁴ – que le déroulé actuel des négociations collectives est « *globalement encourageant*¹¹⁵⁵ ».

En tout état de cause, une amélioration du dialogue collectif au sein de la fonction publique territoriale serait-il susceptible de permettre au recrutement statutaire d'accroître son efficacité ? Une telle réforme serait-elle suffisante pour permettre au recrutement statutaire de satisfaire à l'ensemble des besoins des administrations territoriales ? Nous ne le pensons pas, et ce pour deux raisons principales.

D'une part, une amélioration de la négociation collective accroîtrait l'attractivité de l'emploi public administratif territorial pour ses agents. En ce sens, une réforme pourrait être appréciable. Toutefois, du point de vue des employeurs territoriaux, la négociation collective

¹¹⁵⁴ 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.

¹¹⁵⁵ Conseil d'État. *Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*. Paris : La Documentation française, 2003, 448 p., p. 333.

ne présenterait que peu d'avantages. Certes, les relations avec les syndicats seraient certainement apaisées. Toutefois, ce faisant, les employeurs territoriaux pourraient perdre une partie de la mainmise dont ils disposent actuellement sur la détermination des conditions de travail des agents publics. Ce faisant, si l'attractivité du statut pour les agents augmentait, c'est un phénomène totalement inverse qui se produirait concernant les employeurs territoriaux. Ces derniers, face à un statut plus protecteur, plus favorable aux agents, ne pourraient qu'être tentés de s'affranchir plus encore du recrutement statutaire.

D'autre part, les dispositions susceptibles de donner lieu à une convention collective homologable ne pourraient en aucun cas porter sur des aspects nécessitant une intervention législative. Or, les conditions d'emplois des agents contractuels relèvent directement de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires à la fonction publique territoriale. Dès lors, la négociation collective objet de la présente hypothèse ne saurait en aucun cas limiter, encadrer ou améliorer les cas de recours aux agents contractuels ou encore leur durée d'emploi. Ainsi, l'influence de cette négociation collective rénovée sur les conditions de recrutement des agents ne pourrait qu'être négligeable.

Dès lors, et malgré les apports incontestables qu'une rénovation du dialogue social pourrait apporter à la fonction publique territoriale, il n'en demeure pas moins qu'un tel mécanisme serait susceptible de produire des effets particulièrement désastreux concernant la perte de repère de cet emploi et ne permettrait pas au recrutement statutaire de véritablement accroître son efficacité.

Une autre hypothèse mérite d'être évoquée : celle des contrats d'affectation sur emploi, réforme également évoquée par le Conseil d'État au sein de son rapport d'activité rendu en 2003.

SECTION II - Le contrat d'affectation sur emploi, insuffisante amélioration contractuelle du régime statutaire de l'emploi public administratif territorial :

L'hypothèse visant à améliorer le recrutement statutaire tel qu'il est actuellement en vigueur par l'adjonction d'un contrat de droit public pourrait également être envisagée au plan individuel. Quelle forme ce contrat pourrait-il alors prendre ? Le Conseil d'État évoque au

sein de son rapport rendu en 2003 la possibilité d'un « *contrat d'affectation sur emploi*¹¹⁵⁶ ». Il s'agirait, en d'autres termes, de proposer à un fonctionnaire, recruté unilatéralement selon la procédure statutaire, un contrat visant à déterminer les modalités précises de son intervention au sein du service de la collectivité l'employant ainsi que les objectifs liés à cet emploi. Par conséquent, c'est en quelque sorte l'hypothèse d'une contractualisation de la fiche de poste du fonctionnaire qui est ici évoquée par le Conseil d'État. Encore une fois, le recrutement resterait statutaire : passage d'un concours, inscription sur une liste d'aptitude, candidatures sur des postes vacants, entretiens d'embauche... L'intégralité de ce processus resterait inchangée. Seule la fiche de poste serait contractualisée et par conséquent négociée avec l'agent.

Il convient, dans un premier temps, de nous attarder sur le manque d'utilité pratique d'un tel dispositif (§1). Si une telle hypothèse a été émise par le Conseil d'État c'est, à notre sens, car elle véhicule des concepts moteurs de l'évolution future de l'emploi public administratif (§2).

§1 – Le contrat d'affectation sur emploi, hypothèse à l'utilité pratique limitée :

D'un point de vue pratique, la création d'un contrat d'affectation sur emploi se superposant au statut ne paraît présenter qu'un intérêt très limité. Cela s'explique principalement par le fait que ce contrat viendrait se greffer sur le régime juridique du recrutement statutaire actuellement en vigueur avec pour objectif principal de ne pas en modifier les composantes fondamentales. Dès lors, les prérogatives dont l'employeur public dispose sur son personnel resteraient inchangées. La relation de travail ainsi mise en œuvre se caractériserait toujours principalement par son unilatéralisme : l'accord du fonctionnaire ne devrait – comme c'est déjà le cas habituellement et sauf cas exceptionnel – jamais être obtenu par l'employeur préalablement à tout changement des conditions de travail de l'agent.

Le mécanisme ainsi mis à l'œuvre n'aurait pour seul objet que celui de contractualiser la fiche de poste. Les mouvements de personnel resteraient à la discrétion absolue de l'employeur territorial, qui pourrait procéder comme il l'entend, sans jamais rechercher

¹¹⁵⁶ Ibidem, pp. 342-344.

l'accord de l'agent. Ainsi, et de la sorte, le pouvoir de direction des employeurs territoriaux ne serait pas remis en cause.

Le contrat d'affectation sur emploi n'aurait donc en réalité qu'une portée juridique relativement limitée. En effet, l'idée développée par le Conseil d'État au sein de son rapport public rendu en 2003¹¹⁵⁷ est uniquement de contractualiser la fiche de poste. En d'autres termes, il n'y aurait aucune obligation pour l'employeur territorial de maintenir l'agent sur son poste. La seule contrainte serait d'adapter le poste aux compétences, aux savoir-faire de l'agent. Cette adaptation résulterait d'un dialogue entre l'employeur et l'agent à chaque changement d'affectation.

Ces quelques observations permettent déjà de mettre en lumière la principale faiblesse de ce dispositif : peut-on vraiment croire à la réalité d'une négociation intervenant postérieurement à un changement d'affectation ? L'agent placé dans une telle situation serait-il véritablement en mesure de négocier un quelconque aspect de son affectation ? Il serait naïf de le croire. L'intérêt pratique du contrat d'affectation sur emploi paraît par conséquent plus que limité.

Si toutefois le Conseil d'État a émis cette hypothèse au sein de son rapport public de 2003¹¹⁵⁸, c'est très certainement en raison des nombreux concepts modernes qu'il véhicule mais ne parvient pas à mettre efficacement en œuvre.

§2 - Le contrat d'affectation sur emploi, hypothèse aux avancées essentiellement conceptuelles :

La mise en œuvre de contrats d'affectation sur emploi n'aurait en pratique que très peu voire aucun effet. Si le Conseil d'État a émis une telle hypothèse, c'est essentiellement, à notre sens, en raison des concepts qu'elle véhicule. Ceux-ci paraissent en effet particulièrement novateurs en 2003, date à laquelle cette hypothèse a été émise. Toutefois, ces

¹¹⁵⁷ Ibidem.

¹¹⁵⁸ Ibidem.

concepts ont depuis lors été intégrés, en tout ou partie, au sein du droit de l'emploi public administratif.

Le premier concept que ce contrat d'affectation sur emploi véhicule est la nécessité d'une prise en compte renforcée de la culture du résultat (A), qui irrigue aujourd'hui la gestion des ressources humaines publiques. Le second concept avancé par cette hypothèse est la prise en compte des métiers au sein de l'emploi public administratif territorial (B). Ce second concept est certainement celui qui, s'il était mis en œuvre de façon pleine et entière, pourrait être à la base d'une évolution efficace du régime juridique de l'emploi public administratif territorial.

A. L'affirmation de la nécessité d'une culture du résultat :

Le Conseil d'État, en conjecturant le contrat d'affectation sur emploi, a mis en exergue, d'un point de vue conceptuel, la nécessité de renforcer plus encore la culture de résultat au sein de la fonction publique territoriale. Le contrat d'affectation sur emploi public ne nous paraît cependant plus nécessaire afin de concrétiser cet objectif, celui-ci irriguant déjà suffisamment les dispositifs en place. En effet, la culture de résultat est aujourd'hui concrètement entrée dans les pratiques administratives.

On note tout d'abord l'introduction en droit public de cette notion par le biais de la loi organique relative aux lois de finance (loi dite LOLF)¹¹⁵⁹. Cette loi, bien que promulguée en août 2001, n'a été applicable dans son intégralité qu'à compter de la loi de finance afférente à l'année 2006¹¹⁶⁰. Même si cette loi ne modifie en rien les statuts de la fonction publique, elle induit une logique budgétaire nouvelle : « *celle de la détermination a priori des objectifs de performance et des moyens au service de ces objectifs, définis entre acteurs en charge respectivement de la définition de la politique et de sa mise en œuvre, puis, une fois intervenu*

¹¹⁵⁹ Loi organique n°2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances. *JORF*, 2 août 2001, n°177, p. 12480.

¹¹⁶⁰ Ibidem. L'article 67 alinéa 1^{er} de la loi organique prévoit en effet que : « *l'ordonnance n°59-2 du 2 janvier 1959 (...) est abrogée le 1^{er} janvier 2005. Toutefois, ses dispositions demeurent applicables aux lois de finances afférentes à l'année 2005 et aux années antérieures* ».

*un accord entre ces acteurs, une autonomie de l'échelon opérationnel pour la réalisation de ces objectifs*¹¹⁶¹ ».

Dès 2006, Jacques BERNARD prédisait l'influence de cette nouvelle politique budgétaire sur le management public : « *la logique induite par la LOLF conduite à son terme devrait se traduire par l'explicitation d'objectifs et de résultats à atteindre jusqu'au niveau du collectif de travail « à taille humaine », le service ou l'équipe, ou de l'individu. Cette logique imposera un travail exigeant pour décliner de manière pertinente les objectifs (...) dans ces termes qui aient du sens au niveau d'une équipe ou d'un agent, ainsi que les indicateurs de suivi permettant de mesurer les résultats atteints. Cette démarche présentera l'avantage pour les agents, de leur permettre de disposer d'une vision sans ambiguïté des priorités du service, de leur rôle dans la réalisation de celles-ci, des attentes à leur égard*¹¹⁶² ». Ces évolutions ont conduit à modifier la gestion des ressources humaines, qui pratiquent désormais la gestion prévisionnelle des emplois, des effectifs et des compétences (GPEEC).

Dans cette optique est intervenu le décret n°2008-1533 du 22 décembre 2008¹¹⁶³, qui a instauré une prime de fonctions et de résultats (PFR) au sein de la fonction publique d'État, uniquement pour les agents appartenant à la filière administrative ou détachés dans un emploi fonctionnel de cette filière¹¹⁶⁴. L'article 40 de la loi n°2010-751 du 5 juillet 2010¹¹⁶⁵, en modifiant l'article 88 du statut de la fonction publique territoriale, a précisé les modalités de mise en œuvre, par l'organe délibérant de l'administration territoriale concernée, de la PFR¹¹⁶⁶. Ainsi, « *cette prime se substitue aux autres primes instituées en application de*

¹¹⁶¹ BERNARD Jacques. « La LOLF : d'une administration de moyens vers une administration de résultats », in *La fonction publique face à la culture de résultat*, dir. SERBA Jacques, LE JEUNE Pierrick. Bruxelles : éditions Bruylant, 2006, 162 p. p. 31.

¹¹⁶² Ibidem, p. 36.

¹¹⁶³ Décret n°2008-1533 du 22 décembre 2008 relatif à la prime de fonctions et de résultats. *JORF*, 31 décembre 2008, n°0304.

¹¹⁶⁴ Ibidem, article 1^{er} alinéa 1 : « *Les fonctionnaires appartenant à des corps de la filière administrative ou détachés sur un emploi fonctionnel de cette filière peuvent percevoir une prime de fonctions et de résultats, dans les conditions fixées par le présent décret* ».

¹¹⁶⁵ 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.

¹¹⁶⁶ L'article 88 alinéa 2 du statut de la fonction publique territoriale, dans sa rédaction issue de l'article 40 de la loi n°2010-751, est libellé de la sorte : « *Lorsque les services de l'État servant de référence bénéficient d'une prime de fonctions et de résultats, le régime indemnitaire que peut fixer l'organe délibérant comprend une part liée à la fonction et une part liée aux résultats. L'organe délibérant détermine les plafonds applicables à chacune de ces parts, sans que la somme de ceux-ci n'excède le plafond global de la prime de fonctions et de résultats des fonctionnaires de l'État, et fixe les critères pris en compte pour la détermination du niveau des*

l'article 88 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984. Elle n'affecte donc pas la nouvelle bonification indiciaire, les frais de déplacement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement... L'introduction de la PFR est par ailleurs progressive ; il convient de suivre la parution des arrêtés prévoyant pour chaque corps le basculement dans le nouveau régime indemnitaire. Lorsque le corps de référence bénéficie de la PFR, la mise en place de cette prime pour les agents territoriaux interviendra à l'occasion de la première modification par l'organe délibérant du régime indemnitaire du cadre d'emplois concerné¹¹⁶⁷ ».

L'introduction d'une telle prime de résultat n'était que partielle au sein de la fonction publique territoriale¹¹⁶⁸ - puisqu'il était uniquement possible pour les administrations territoriales de la mettre en place pour les administrateurs territoriaux¹¹⁶⁹, les attachés territoriaux¹¹⁷⁰ et les secrétaires de mairie¹¹⁷¹ - raison pour laquelle elle a été remplacée par le régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel (RIFSEEP)¹¹⁷². Ce nouveau régime indemnitaire, destiné à être d'application plus large que la PFR¹¹⁷³, a également pour ambition d'être exclusif « *de toutes*

fonctions et pour l'appréciation des résultats. Ce régime est mis en place dans la collectivité territoriale ou l'établissement public local lors de la première modification de son régime indemnitaire qui suit l'entrée en vigueur de la prime de fonctions et de résultats dans les services de l'État. Le régime antérieur est maintenu jusqu'à cette modification ».

¹¹⁶⁷ PASTOR Jean-Marc. « Prime de fonctions et de résultats pour les fonctionnaires territoriaux ». *AJCT*, 2010, n°4, p. 95.

¹¹⁶⁸ En ce sens, et concernant les modalités de mise en œuvre de cette prime au sein de la fonction publique territoriale, voir notamment : Circulaire n°10-014297-D du 27 septembre 2010 relative à la prime de fonctions et de résultats dans la fonction publique territoriale. NOR : IOCB1024676C.

¹¹⁶⁹ Le cadre d'emploi des administrateurs territoriaux est équivalent au corps des administrateurs civils, pour lequel la PFR a été instaurée par arrêté en date du 9 octobre 2009 (Arrêté du 9 octobre 2009 portant extension de la prime de fonctions et de résultats au corps des administrateurs civils et fixant les montants de référence de cette prime. *JORF*, 11 octobre 2009, n°0236).

¹¹⁷⁰ Le cadre d'emploi des attachés territoriaux comprend plusieurs grades, pour lesquels l'équivalence est spécifique. Ainsi, le grade de directeur territorial est équivalent au corps de directeur de préfecture ; les grades d'attaché territorial et d'attaché principal sont équivalents au corps des attachés d'administration de l'intérieur et de l'outre-mer. Le bénéfice de la PFR a été octroyé pour l'ensemble de ces corps de l'administration d'État par arrêté du 9 février 2011 (Arrêté du 9 février 2011 fixant les corps et emplois bénéficiant de la prime de fonctions et de résultats. *JORF*, 19 février 2011, n°0042).

¹¹⁷¹ Le cadre d'emploi des secrétaires de mairie est lui aussi considéré comme équivalent au corps des attachés d'administration de l'intérieur et de l'outre-mer. Le bénéfice de la PFR est donc ouvert aux secrétaires mairie par l'arrêté du 9 février 2011 précité.

¹¹⁷² Décret n°2014-513 du 20 mai 2014 portant création d'un régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel dans la fonction publique de l'État. *JORF*, 22 mai 2014, n°0118, texte n°46.

¹¹⁷³ *Ibidem*, article 1^{er}.

*autres primes et indemnités liées aux fonctions et à la manière de servir*¹¹⁷⁴ », même si des exceptions à ce principe sont d'ores et déjà prévues¹¹⁷⁵.

L'instauration de ces nouveaux types de régimes indemnitaires démontre la mise en œuvre d'une véritable culture de résultat au sein de l'emploi public administratif territorial.

Par ailleurs, la culture du résultat se traduit également par la mise en place d'indicateurs de performance, notamment lors des entretiens annuels, qui déterminent les objectifs à atteindre sur l'année suivante. Le Conseil d'État remarque d'ailleurs déjà en 2003 qu'en pratique « *on constate déjà l'existence, dans le mode de gestion de la carrière de certains agents publics titulaires, des sortes de contrats verbaux informels formulés à l'occasion des entretiens de notation ou de la préparation de tableaux d'avancement pour des corps ayant vocation à une affectation géographique sur tout le territoire, mais il ne s'agit évidemment que de quasi-contrats moraux n'ayant aucune portée juridique*¹¹⁷⁶ ». La détermination d'objectifs précis, de résultats à atteindre, est donc d'ores et déjà à cette date une réalité bien ancrée au sein de la fonction publique.

Les évolutions législatives et réglementaires intervenues depuis cette date ont d'ailleurs pris en considération cette composante. Ainsi, l'article 69 de la loi n°2014-58 du 27 janvier 2014¹¹⁷⁷, modifiant l'article 76 du statut de la fonction publique territoriale, prévoit désormais que « *l'appréciation, par l'autorité territoriale, de la valeur professionnelle des fonctionnaires se fonde sur un entretien professionnel annuel conduit par le supérieur hiérarchique direct qui donne lieu à l'établissement d'un compte rendu*¹¹⁷⁸ ». Les modalités de cet entretien sont détaillées par le décret n°2014-1526 du 16 décembre 2014, qui précise notamment, en son article 3, que « *l'entretien professionnel porte principalement sur [les] résultats professionnels obtenus par le fonctionnaire eu égard aux objectifs qui lui ont été*

¹¹⁷⁴ Ibidem, article 5.

¹¹⁷⁵ Ibidem.

¹¹⁷⁶ Conseil d'État. *Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*. Paris : La Documentation française, 2003, 448 p., p. 343.

¹¹⁷⁷ Loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles. *JORF*, 28 janvier 2014, n°0023, p. 1562.

¹¹⁷⁸ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441. Article 76 alinéa 1^{er}, dans sa rédaction issue de la loi n°2014-58 du 27 janvier 2014.

assignés [et sur les] objectifs assignés au fonctionnaire pour l'année à venir et les perspectives d'amélioration de ses résultats professionnels (...)»¹¹⁷⁹ ».

Ainsi, la définition d'objectifs, des résultats à atteindre, fait aujourd'hui déjà partie des outils à la disposition des managers publics. L'adjonction d'une composante contractuelle, même si elle permettrait à n'en pas douter une plus grande implication de l'agent dans la définition de ces objectifs, ne constituerait par conséquent par une véritable révolution des pratiques en vigueur.

L'autre concept mis en exergue par le Conseil d'État, au travers du contrat d'affectation sur emploi, est la nécessité de privilégier une approche par métiers de l'emploi public.

B. La nécessaire évolution vers une approche de l'emploi public par ses métiers :

L'autre concept mis en exergue par l'hypothèse du contrat d'affectation sur emploi est la nécessité d'opter pour une approche « métiers » de l'emploi public. Ainsi, comme le relève le Conseil d'État dans son rapport rendu en 2003, « *le choix de prévoir que [la situation des fonctionnaires] 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 (...). Plus en effet cette notion d'emploi prendra de l'importance dans le fonctionnement de l'administration, notamment pour l'organisation des moyens à mettre en place pour atteindre les objectifs qui seront définis (...), plus apparaîtra le besoin de contractualisation des relations individuelles de travail pour mieux adapter les activités des agents aux objectifs qu'il y a lieu d'atteindre*¹¹⁸⁰ ».

L'instauration des contrats d'affectation sur emploi placerait donc la notion d'emploi – et donc le métier – au centre de la gestion des ressources humaines publiques. C'est alors

¹¹⁷⁹ Décret n°2014-1526 du 16 décembre 2014 relatif à l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires territoriaux. *JORF*, 18 décembre 2014, n°0292. Article 3.

¹¹⁸⁰ Conseil d'État. *Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*. Paris : La Documentation française, 2003, 448 p., pp. 342-343.

l'emploi, et non plus le grade, qui deviendrait la notion centrale de la gestion des ressources humaines. Le contrat d'affectation sur emploi, tel que proposé par le Conseil d'État, pourrait-il véritablement asseoir une telle ambition ? Nous ne le pensons pas : le recrutement serait toujours réalisé par le biais d'un concours, qui lui serait toujours dépendant du grade visé par le candidat. La prise en compte de la logique « métiers » ne serait dès lors que parcellaire.

Par conséquent, le contrat d'affectation sur emploi ne paraît pas constituer l'outil qui permettrait de mettre en œuvre pleinement ce second concept.

En tout état de cause, le contrat d'affectation sur emploi public ne nous paraît en aucun cas permettre une amélioration du recrutement statutaire actuellement en vigueur. Il ne présenterait qu'un avantage pratique très limité, puisque sa valeur juridique ne pourrait elle-même n'être que restreinte. Dès lors, cette hypothèse ne permettrait en aucun cas au recrutement statutaire de satisfaire à l'ensemble des besoins des administrations territoriales. Corrélativement, il ne permettrait pas non plus d'enrayer le recrutement d'agents contractuels. Dès lors, l'hypothèse du contrat d'affectation sur emploi nous paraît également devoir être écartée.

CONCLUSION :

Le contrat de droit public, en tant que complément au régime statutaire actuellement en vigueur, pourrait permettre d'en améliorer certains de ses aspects, tant sur le plan collectif qu'individuel. Toutefois, dans chacune des hypothèses que nous avons envisagées, les effets du contrat ne seraient que marginaux. Ils ne permettraient donc pas au recrutement statutaire de satisfaire l'ensemble des besoins des administrations territoriales. Corrélativement, ces hypothèses n'auraient aucun effet sur la perte de repère de l'emploi public administratif territorial, puisqu'elles ne permettraient pas d'endiguer le recours aux agents contractuels.

En effet, les hypothèses précédemment évoquées, même si elles ne manqueraient pas de présenter des avantages pour les employeurs territoriaux et leurs agents, ne modifieraient en rien l'économie générale du statut. Dès lors, sa rigidité, son incapacité à satisfaire à lui seul

l'intégralité des besoins des administrations territoriales, n'en seraient aucunement bouleversées.

Quelles que soient les améliorations qui pourraient être apportées au statut, le recrutement d'agents contractuel nous semble toujours présenter d'indéniables avantages pour les administrations territoriales. Dès lors, et par conséquent, seul le contrat de droit public comme substitut au recrutement statutaire nous semble être en mesure d'aboutir à l'adoption d'un type unique de recrutement, susceptible de seul satisfaire l'ensemble des besoins des administrations territoriales.

Au surplus, la contractualisation totale du recrutement – et non l'adjonction d'un dispositif contractuel au recrutement statutaire comme le proposait le contrat d'affectation sur emploi – serait de nature à véritablement concrétiser les évolutions conceptions proposées par le Conseil d'État au sein de son rapport rendu en 2003 : la transition d'un emploi public de carrière à un emploi public de métiers et l'accentuation de la culture du résultat.

CHAPITRE 2

LE CONTRAT DE DROIT PUBLIC, OUTIL D'UNE EFFICACE SUBSTITUTION AU RECRUTEMENT STATUTAIRE

Une ultime hypothèse mérite d'être étudiée. Pour la bâtir, il nous faut faire usage des conclusions tirées de l'ensemble des développements précédents. Nous avons pu observer que la spécificité du droit de l'emploi public administratif doit être conservée ; que la contractualisation de certains aspects du déroulement de la relation de travail – comme les fiches de poste ou la création de véritables conventions collectives – n'aurait aucun effet sur l'efficacité du recrutement statutaire.

Par conséquent, si le contrat peut encore constituer un outil d'adaptation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial à l'ensemble de ses missions, c'est en intervenant dès le début de la relation de travail. Le contrat de droit public pourrait en effet devenir le seul et unique outil de recrutement au sein de l'emploi public administratif territorial. Selon cette hypothèse, les recrutements seraient alors exclusivement réalisés par le biais de contrats. Les concours disparaîtraient, les stages seraient remplacés par des périodes d'essais. Pour autant, les agents seraient tout de même placés au sein d'un régime juridique statutaire similaire à celui actuellement en vigueur pour les agents titulaires. Seul l'instrument du recrutement serait modifié. Il n'y aurait donc plus qu'un seul et unique régime juridique applicable à l'ensemble des agents relevant de l'emploi public administratif territorial, puisque la distinction actuelle entre agents titulaires et agents contractuels n'aurait de fait plus lieu d'être. La seule différence entre les agents serait la durée de leur recrutement : soit à durée déterminée, soit à durée indéterminée, selon par exemple les modalités déjà en vigueur au sein du code du travail. Tels sont les principes directeurs de l'ultime hypothèse dont les détails seront ci-après évoqués.

Avant toute étude complémentaire, il est immédiatement nécessaire de procéder à quelques précisions terminologiques. Dans le cadre de notre hypothèse, le recrutement se ferait par le biais d'un contrat, mais entrainerait l'application d'un régime purement statutaire. Dès lors, notre hypothèse consiste uniquement à modifier l'outil permettant d'aboutir à un recrutement statutaire, pas de remettre en cause le principe même de l'existence du statut. En d'autres termes, ce sont les modalités du recrutement qui sont modifiées, non le régime juridique applicable par la suite.

Quelle terminologie employer ? La question est délicate, surtout que pour le bien de la démonstration, il nous sera nécessaire d'évoquer à la fois les pratiques actuelles et celle que nous conjecturons. Dès lors, nous évoquerons un « recrutement statutaire » dès qu'il s'agira d'aborder la pratique actuelle : concours, liste d'aptitude, entretiens d'embauche, nomination et application du régime juridique des agents titulaires ; nous évoquerons un « recrutement contractuel » également afin de désigner la pratique actuelle : recrutement direct d'un candidat non titulaire d'un concours, auquel on applique le régime juridique des agents non titulaires ; enfin, nous évoquerons le « recrutement exclusivement contractuel », dès lors qu'il sera question de l'objet de la présente hypothèse : recrutement direct d'un candidat non titulaire d'un concours, auquel on applique un régime juridique statutaire similaire à l'actuel – uniquement modifié pour tenir compte de ce nouvel outil de recrutement.

En tout état de cause, comment peut-on être certains de l'opportunité de mettre en œuvre l'hypothèse ici conjecturée ? Afin de nous persuader de son bien-fondé, il conviendra dans un premier temps de remarquer qu'une telle réforme aurait le mérite de répondre à l'ensemble des besoins exprimés par les employeurs territoriaux lorsqu'ils recrutent ce qu'il convient d'appeler, en droit positif, des agents contractuels (SECTION I).

Notre dernière hypothèse nous paraît par conséquent tout à fait opportune. Il conviendra dès lors d'en détailler quelques aspects. Ce faisant, nous relèveront également la difficulté conceptuelle majeure posée par une telle réforme : l'égal accès à l'emploi public (SECTION II).

SECTION I - Le recrutement exclusivement contractuel, réponse efficace aux besoins exprimés par les administrations territoriales :

Avant d'envisager en détail les modalités pratiques de notre ultime hypothèse, il convient afin de s'assurer de son intérêt de s'attarder ce qui motive aujourd'hui les employeurs territoriaux à recruter des agents contractuels. Si l'utilisation du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial est actuellement si répandue, qu'elle est constante et que rien ne semble permettre d'en faire chuter l'usage, c'est qu'il doit nécessairement présenter de nombreux avantages pour les employeurs territoriaux. Sinon, comment justifier la mise en œuvre de cet outil de recrutement dérogatoire, les risques juridiques qu'il peut entraîner, la remise en cause d'un système tout entier qu'il implique ainsi que la précarité plus que manifeste qu'il occasionne ?

Identifier les avantages présentés par le recrutement contractuel tel qu'il est aujourd'hui pratiqué nous permettra d'identifier les besoins des employeurs territoriaux. Nous pourrions dès lors immédiatement déterminer si notre hypothèse serait en mesure de les satisfaire.

Quels sont les besoins exprimés par les employeurs territoriaux lorsqu'ils font aujourd'hui appel au recrutement contractuel ? Principalement, en droit positif, l'emploi du contrat comme mode de recrutement présente deux avantages majeurs. Tout d'abord, le recrutement contractuel entraîne la mise en œuvre du droit de l'emploi public administratif – droit dont nous avons eu l'occasion d'évoquer les avantages certains pour les employeurs territoriaux (§1). Ensuite, nous nous attarderons sur la logique métier présentée par le recrutement contractuel qui, contrairement au recrutement statutaire qui met en œuvre une logique de carrière, se concentre sur les compétences et le savoir-faire de l'agent pour le poste à pourvoir. Il semble là encore que cette nouvelle approche des recrutements corresponde à un besoin fondamental des employeurs territoriaux (§2).

Le recrutement exclusivement contractuel, tel qu'ici conjecturé, répondrait parfaitement à l'ensemble de ces besoins, comme nous le constaterons.

§1 – Le maintien des agents dans une situation essentiellement légale et réglementaire :

Le contrat, comme mode de recrutement au sein de l'emploi public administratif territorial, présente aujourd'hui un avantage majeur pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

En effet, l'agent recruté est automatiquement soumis à un ensemble de dispositions d'ordre public, qui déterminent ses droits et obligations ainsi qu'un grand nombre des caractéristiques du déroulement de son engagement. C'est ainsi que la doctrine¹¹⁸¹ et la jurisprudence¹¹⁸² présentent la situation de l'agent contractuel comme essentiellement statutaire et réglementaire. Dès lors, le contrat en tant qu'outil de recrutement correspond plus, en droit de l'emploi public administratif, à une adhésion à un régime préétabli qu'à une véritable négociation aboutissant à la détermination précise et exhaustive des conditions de travail applicables comme cela peut être le cas en droit commun du travail.

Il s'agit là d'un avantage majeur présenté par le contrat de recrutement en droit de l'emploi public administratif, puisque cela simplifie grandement sa conclusion, voire même sa gestion (A). Toutefois, une telle présentation mérite à notre sens d'être légèrement nuancée, en raison du débat doctrinal qu'elle suscite (B).

En tout état de cause, le principe d'un contrat d'adhésion à un régime préétabli semble être l'une des clefs du succès du recrutement contractuel. L'hypothèse envisagée au sein du présent chapitre, qui aboutirait à un résultat similaire, semble donc idéale afin de répondre aux besoins des employeurs territoriaux.

¹¹⁸¹ En ce sens, voir notamment : CH Jean-Luc. « Un mini statut pour les personnels non titulaires ». *CFPA*, 1988, n°57, p. 4.

¹¹⁸² En ce sens, voir notamment : CE, 11 mai 1977, *Syndicat national du personnel navigant de l'aéronautique*, n°98974 : « 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 » ; CAA Nantes, 9 octobre 1996, *C.A.T de Savenay*, n°94NT00700 : « les agents contractuels de la fonction publique se trouvent dans une situation statutaire et réglementaire » ; CAA Paris, 25 septembre 2007, n°05PA04584 : « la requérante (...) en sa qualité d'agent contractuel de droit public, se trouvait placée dans une situation légale et réglementaire ».

A. Un consensualisme limité traduisant la mise en œuvre d'une logique statutaire :

Si les employeurs territoriaux ont aujourd'hui recours au recrutement contractuel, c'est en partie car cet outil de recrutement peut s'analyser comme un acte d'adhésion à un régime statutaire.

La question de savoir si l'emploi du contrat constitue une différence fondamentale entre les agents publics s'est posée très tôt, avant même l'adoption de la loi Le Pors du 13 juillet 1983¹¹⁸³. Ainsi, dès 1977, Yves GAUDEMET s'est intéressé à cette question¹¹⁸⁴. La théorie de l'auteur – à remettre, bien entendu, dans son contexte – est que la distinction entre nomination et conclusion d'un contrat est très relative¹¹⁸⁵. Pour l'auteur, la théorie selon laquelle le « *lien contractuel (...) garantirait [les agents contractuels] contre toute remise en cause de leur situation décidée unilatéralement par l'administration en cours de contrat, au contraire des agents placés dans une situation statutaire qui s'impose à eux sans lier l'administration pour l'avenir (...) est largement inexacte*¹¹⁸⁶ ». Il poursuit en indiquant que « *les contractuels sont, pour l'essentiel, dans une situation légale et réglementaire à l'égard du service qui les emploie (...) En pratique donc, le contrat signé au moment de l'entrée en fonction n'est guère qu'un « acte référence », déclenchant l'application d'un régime statutaire prédéfini et, pour l'essentiel, commun aux agents contractuels et aux autres agents publics*¹¹⁸⁷ ». Et de s'interroger : « *est-ce à dire que, paradoxalement, il n'y a aucune place, à côté des dispositions statutaires déterminées unilatéralement par l'administration, pour des « clauses contractuelles » ? (...) Il nous semble que celles-ci jouent un rôle (...) finalement limité. Elles ne contribuent pas à caractériser la situation de l'agent (qui résulte exclusivement de dispositions réglementaires) mais ont simplement la signification d'une*

¹¹⁸³ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *JORF*, 14 juillet 1983, p. 2174.

¹¹⁸⁴ GAUDEMET Yves. « Existe-t-il une « catégorie » d'agents publics contractuels de l'administration ? (Sur le degré d'originalité du recrutement par contrat dans la fonction publique) ». *AJDA*, 1977, pp. 614–618.

¹¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 615. L'auteur indique que : « *Il est très relatif (...) d'opposer la nomination du fonctionnaire, acte unilatéral, à la signature du contrat, acte conventionnel, qui associe l'administration et son agent. La réalité est infiniment plus nuancée* ».

¹¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 616.

¹¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 617.

*sorte de garantie financière, d'assurance donnée par l'administration à l'agent*¹¹⁸⁸ ». Il convient de rappeler qu'à cette date, les recrutements oraux étaient légion¹¹⁸⁹. Le contrat, en tant qu'acte juridique déterminant la durée d'emploi et ses conditions financières, pouvait effectivement être considéré, comme le présente Yves GAUDEMET, comme une garantie offerte par l'administration à l'agent ainsi recruté. L'auteur conclue ainsi sur la différence séparant l'agent contractuel de l'agent titulaire : « *la situation de l'agent contractuel ne présente aucune originalité : comme tous les agents publics, il est dans une situation légale et réglementaire à l'égard de l'administration. Simplement, compte tenu du caractère exceptionnel de son intervention, donc de la précarité de sa situation, l'administration lui accorde [par le contrat] une garantie financière pour une durée limitée*¹¹⁹⁰ ».

Cette conception doctrinale n'évoluera pas suite à l'adoption des statuts de la fonction publique. Le décret n°88-145 du 15 février 1988¹¹⁹¹, pris en application de l'article 136 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984¹¹⁹², est même qualifié de « *mini statut pour les personnels non titulaires*¹¹⁹³ ». Il est vrai que ce décret, à l'image du statut, précise de manière relativement fine les règles applicables aux agents contractuels des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Ainsi, sont notamment abordés au sein de ce décret les règles relatives aux modalités de recrutement et de fin de contrat¹¹⁹⁴, les différents congés pouvant être accordés¹¹⁹⁵, les absences légalement autorisées¹¹⁹⁶, les modalités applicables à un travail à temps partiel¹¹⁹⁷ ou encore les règles applicables en cas de faute disciplinaire commise par un agent non titulaire¹¹⁹⁸. L'adoption de règles de type statutaire au profit des agents contractuels

¹¹⁸⁸ GAUDEMET Yves. « Existe-t-il une « catégorie » d'agents publics contractuels de l'administration ? (Sur le degré d'originalité du recrutement par contrat dans la fonction publique) ». *AJDA*, 1977, pp. 614–618. p. 617.

¹¹⁸⁹ En ce sens, voir développements supra.

¹¹⁹⁰ GAUDEMET Yves. « Existe-t-il une « catégorie » d'agents publics contractuels de l'administration ? (Sur le degré d'originalité du recrutement par contrat dans la fonction publique) ». *AJDA*, 1977, pp. 614–618. p. 618.

¹¹⁹¹ 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.

¹¹⁹² Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 27 janvier 1984, p. 441.

¹¹⁹³ CH Jean-Luc. « Un mini statut pour les personnels non titulaires ». *CFPA*, 1988, n°57, p. 4.

¹¹⁹⁴ En ce sens, voir les titres I et X du décret n°88-145 du 15 février 1988.

¹¹⁹⁵ En ce sens, voir les titre II, III et IV du décret n°88-145 du 15 février 1988.

¹¹⁹⁶ En ce sens, voir le titre V du décret n°88-145 du 15 février 1988.

¹¹⁹⁷ En ce sens, voir le titre VII du décret n°88-145 du 15 février 1988.

¹¹⁹⁸ En ce sens, voir le titre IX du décret n°88-145 du 15 février 1988.

était donc une véritable attente de la part des employeurs territoriaux. D'ailleurs, cette attente semblait tellement élevée qu'un auteur a pu prédire que ces dispositions avaient « *les défauts de [leurs] qualités car en réglementant très précisément le statut des non titulaires, il n'est pas douteux qu'on coure le risque de généraliser sinon de pérenniser le recrutement de cette catégorie de personnel*¹¹⁹⁹ ».

Jacques MOREAU indique ainsi, au sein d'un article relatif aux contrats publics, que « *dans les relations entre les personnes publiques, d'une part, (...) et les agents publics, d'autre part, le principe de liberté contractuelle se heurte à divers obstacles qui tiennent (...) à l'existence de statuts*¹²⁰⁰ ». En limitant la portée du consensualisme, la conclusion des contrats de recrutement est de fait plus aisée à mettre en œuvre. La gestion de ces agents contractuels, du fait de l'uniformisation d'un grand nombre de composantes de leur situation, est également grandement facilitée.

La jurisprudence a sur ce point rappelé à de nombreuses reprises qu'elle entendait faire sienne la conception doctrinale selon laquelle les agents contractuels de la fonction publique se trouvent dans une situation statutaire et réglementaire. C'est ainsi, fort logiquement, que les tentatives d'aménagement contractuel de cette situation ont été systématiquement censurées¹²⁰¹.

¹¹⁹⁹ CH Jean-Luc. « Un mini statut pour les personnels non titulaires ». *CFPA*, 1988, n°57, p. 4.

¹²⁰⁰ MOREAU Jacques. « Les « matières contractuelles » ». *AJDA*, 1998, p. 747.

¹²⁰¹ À titre d'illustrations, sur la possibilité de transiger concernant le licenciement d'un agent contractuel, voir : BERNOT Joël. « Le licenciement des agents publics contractuels : existe-t-il une place pour la transaction ? ». *CTI*, 2005, n°6. Concernant la rémunération des agents non titulaires, voir DERBOULLES Laurent. « Le régime juridique du CDI de droit public : le point sur le i ». *AJFP*, 2014, p. 179. L'auteur rappelle que la rémunération des agents non titulaires ne peut par principe pas excéder celle des agents titulaires. Ce principe est tiré, à l'origine, des dispositions de l'article 88 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984, selon lesquelles « *l'assemblée délibérante de chaque collectivité territoriale ou le conseil d'administration d'un établissement public local fixe les régimes indemnitaires dans la limite de ceux dont bénéficient les différents services de l'État* ». Ce principe de parité des rémunérations entre agents titulaires de l'État et agents titulaires de la fonction publique territoriale a été étendu aux agents non titulaires par le Conseil d'État (CE, 28 juillet 1995, *Delisle*, n°84029). L'auteur rappelle également que la question de la rémunération des agents publics contractuels des collectivités territoriales et de leurs établissements publics a été précisée par un arrêt rendu le 29 décembre 2000 par le Conseil d'État (CE, 29 décembre 2000, *Région Nord-Pas-de-Calais contre Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais*, n°171377). La haute juridiction a ainsi précisé que : « *Si les collectivités territoriales ne peuvent attribuer à leurs agents titulaires ou non titulaires des rémunérations qui excéderaient celles auxquelles peuvent prétendre des agents de l'État occupant des fonctions et ayant des qualifications équivalentes, il appartient à l'autorité territoriale de fixer, sous le contrôle du juge, la rémunération des agents non titulaires recrutés sur des emplois pour lesquels une correspondance étroite avec la fonction publique d'État ne peut être trouvée en prenant en compte, notamment, les fonctions occupées et la qualification de l'agent ; (...) cette rémunération, qui ne doit pas être manifestement disproportionnée par rapport à celle d'agents de l'État de qualification équivalente exerçant des fonctions analogues, peut comprendre des indemnités justifiées par la nature de ces*

Les employeurs locaux ne disposant que d'une marge de manœuvre relativement limitée pour négocier leurs contrats de recrutement, leur mise en œuvre est particulièrement aisée. Le fait que de nombreuses dispositions d'ordre public encadrent le déroulé du contrat facilite également sa gestion. Tous ces éléments n'ont pu que constituer des éléments attractifs pour les employeurs publics, et favoriser la conclusion de nombreux contrats.

Si, d'un point de vue pratique, le consensualisme paraît extrêmement limité, il n'en demeure pas moins qu'un débat doctrinal est né concernant la réalité juridique du contrat de recrutement public.

B. Un consensualisme extrêmement limité mais réel :

Si une grande partie de la doctrine¹²⁰² ensuite suivie par la jurisprudence¹²⁰³ s'est montrée favorable à une conception quasi exclusivement réglementariste¹²⁰⁴ de la situation juridique des agents contractuels de droit public – conception selon laquelle la nature du lien unissant l'administration à ses agents est dépourvue de toute composante contractuelle – ce point de vue n'est pas partagé par tous.

L'évolution¹²⁰⁵ actée par l'arrêt *Ville de Lisieux*¹²⁰⁶ a suscité un débat doctrinal alimenté par les conclusions du commissaire du gouvernement sur cette affaire¹²⁰⁷ : accepter

fonctions ». Toute stipulation contractuelle contraire est dès lors jugée illégale (à titre d'illustration : CAA Nancy, 22 octobre 2012, n°12NC00150. *AJDA*, 2013, p. 43, note M. Wiernasz). De même, si un agent contractuel dont le contrat contrevient à des dispositions statutaires ou réglementaires a droit à sa régularisation, il ne peut toutefois pas prétendre au bénéfice des stipulations irrégulières (en ce sens, pour illustration : CE, 30 mai 2012, *Mme Diollot*, n°343039. *AJDA*, 2012, p. 1087).

¹²⁰² En ce sens, voir développements supra.

¹²⁰³ Ibidem.

¹²⁰⁴ BOUTELET Pierre. « Note sur l'arrêt CE sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n°149662 ». *AJFP*, 1998, n°1, pp. 4-8. L'auteur évoque « la large adhésion doctrinale à la théorie réglementariste : les contrats de recrutement sont de faux contrats, la situation des agents contractuels ne diffère que marginalement de celle des fonctionnaires titulaires ».

¹²⁰⁵ Jusqu'alors seuls les actes détachables du contrat étaient attaquables par les tiers, pas le contrat lui-même. En ce sens, voir notamment : CE, 4 août 1905, *Martin*, n°14220. La jurisprudence avait toutefois admis, au titre de la recevabilité d'un recours, la contestation de la décision de conclure – décision qui, au demeurant, est tout à fait fictive dans la grande majorité des cas, puisqu'elle n'a aucune existence distincte de celle du contrat (En ce sens, voir notamment : CE, 9 novembre 1934, *Chambre de commerce de Tamatave. Leb.*, p. 1034).

le recours direct des tiers à l'encontre du contrat de recrutement d'un agent public ne reviendrait-il pas à consacrer le caractère parfaitement illusoire du consensualisme en la matière, au profit d'une situation purement réglementaire et statutaire des agents contractuels de droit public ? Quelques auteurs ont dès lors considéré que la théorie réglementariste était ainsi affirmée avec la plus grande des rigueurs¹²⁰⁸. D'autres, en revanche, ont considéré qu'il s'agissait là d'une erreur manifeste d'interprétation¹²⁰⁹.

Ce débat ne nous semble toutefois pas pertinent. En effet, l'arrêt *Ville de Lisieux*¹²¹⁰ s'inscrit dans un courant jurisprudentiel plus large visant à autoriser le recours des tiers intéressés à l'encontre des conventions conclues par l'administration. Le point d'orgue de cette évolution est l'arrêt *Département Tarn et Garonne*¹²¹¹ qui a autorisé le recours des tiers à l'encontre d'un marché public. La possibilité pour un tiers de contester un contrat conclu par l'administration ne lui confère donc pas un caractère réglementaire.

¹²⁰⁶ CE sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n°149662. *RFDA*, 1999, pp. 128-146, concl. J.H. Stahl, note D. Pouyaud. *AJDA*, 1998, p. 1041 et 969-977, chron. Raynaud et Fombeur. *AJFP*, 1998, n°1, pp. 4-8, note P. Boutelet. *JCP*, 1999, II.10045, note V. Haïm. *LPA*, 1999, n°65, pp. 6-9, note M.C. Rouault.

¹²⁰⁷ STAHL Jacques-Henri. « Conclusions sur Conseil d'État, Section, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux* ». *RFDA*, 1999, p. 128. L'auteur indique : « *ce ne serait pas la première fois que vous feriez un sort particulier à ce genre de contrat. Vous les avez déjà, à plusieurs reprises, regardés comme de faux contrats, en considérant que la situation des agents contractuels ne diffère que marginalement de celle des fonctionnaires titulaires. Comme l'exposait le président Genevois dans ses conclusions sur votre décision de Section Mme Rabut, « l'aspect proprement contractuel [de ces contrats] est illusoire dans la mesure où le contenu du contrat est le plus souvent prédéterminé par des dispositions réglementaires qui s'imposent aux parties. Derrière le contrat, il y a en fait un statut qui se dessine et il y a tout intérêt à admettre que le bénéficiaire de ce statut puisse être revendiqué dans le cadre du recours pour excès de pouvoir* ». Vous admettez ainsi que ces agents puissent former un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de mesures d'exécution de leur contrat, solution qui serait hétérodoxe en pur contentieux contractuel ».

¹²⁰⁸ En ce sens, voir notamment : LIEBER Sophie-Justine, BOTTEGHI Damien. « Le retour du fonctionnaire contractuel ? ». *AJDA*, 2009, p. 144 ; MELLERAY Fabrice. « Que faire du contrat irrégulier de recrutement d'un agent public ? ». *JCP A*, n°11, 9 mars 2009, 2062.

¹²⁰⁹ En ce sens, voir notamment : BOUTELET Pierre. « Commentaire de l'arrêt Conseil d'État, Section, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux* ». *AJFP*, 1999, p.4 : « *On ose espérer que la décision rendue par la section du contentieux n'est pas une acceptation implicite de la théorie réglementariste des contrats de recrutement. Telle qu'elle est ainsi exposée, cette théorie nous semble en effet peu fondée, tant en raison de son anti-historicité que de la confusion qui la sous-tend* » ; MACAIRE Sophie. « Note sur l'arrêt CE, 31 décembre 2008, *Cavallo*, n°283256 ». *BJCL*, 2009, n°6, pp. 365-372. p. 365 : « *Plusieurs commentaires de l'arrêt du 31 décembre 2008 ont cherché à montrer qu'il était la consécration d'une thèse « réglementaire » de la situation des agents non titulaires de droit public, fondés sur le refus d'appréhender comme tel leur contrat de recrutement. Or, il nous semble au contraire que cette décision s'avère plus subtile* ».

¹²¹⁰ CE sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n°149662. *RFDA*, 1999, pp. 128-146, concl. J.H. Stahl, note D. Pouyaud. *AJDA*, 1998, p. 1041 et 969-977, chron. Raynaud et Fombeur. *AJFP*, 1998, n°1, pp. 4-8, note P. Boutelet. *JCP*, 1999, II.10045, note V. Haïm. *LPA*, 1999, n°65, pp. 6-9, note M.C. Rouault.

¹²¹¹ CE, 4 avril 2014, *Département Tarn et Garonne*, n°358994. *Leb.*, p. 70. *BJCP*, 2014, 204, concl. Dacosta. *AJDA*, 2014, 1035, chron. Bretonneau-Lessi. *RJEP*, 2014, n°31, note Lafaix. *DA*, 2014, n°36, note Brenet.

Le débat doctrinal né à l'occasion de l'arrêt *Ville de Lisieux*¹²¹² est donc définitivement clos : le recours des tiers à l'encontre des contrats de recrutement des agents publics ne consacre pas leur caractère réglementaire.

Un autre argument des opposants à la théorie réglementariste – cette fois historique – mérite d'être évoqué. Ils comparent les situations respectives du contrat public de recrutement et du contrat de travail privé.

La multiplication des dispositions d'ordre public s'appliquant en droit du travail¹²¹³ les conduit à s'interroger sur la réalité juridique du contrat de travail. En adoptant un raisonnement similaire à celui des partisans de la théorie réglementariste du contrat de recrutement de droit public, on pourrait en déduire que le contrat de travail n'est en réalité qu'un acte entraînant la mise en œuvre d'un régime majoritairement légal et réglementaire. Il s'agit d'ailleurs là d'une position qui a été défendue par la doctrine privatiste, qui n'a longtemps vu dans le contrat de travail qu'un « *acte condition déclenchant l'application d'un statut légal et réglementaire*¹²¹⁴ ». Cette position n'a toutefois pas survécu au mouvement de « *renouveau du contrat de travail*¹²¹⁵ », poussé par le juge judiciaire à compter des années 1980¹²¹⁶. À terme, ce mouvement a conduit à reconnaître que « *toute modification du contrat doit recueillir l'accord des parties, tandis qu'une modification des conditions de travail s'impose au salarié. Tout en reconnaissant la réalité du contrat de travail, la Cour de Cassation laisse ainsi l'employeur libre d'imposer aux salariés des adaptations de ses conditions de travail, au titre de son pouvoir de direction (...). Ce dispositif permet de concilier la stabilité du contrat fondée sur l'article [1103] du code civil applicable aux contrats de travail en vertu de l'article [L1221-1] du code du travail, et le pouvoir de*

¹²¹² CE sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n°149662. *RFDA*, 1999, pp. 128-146, concl. J.H. Stahl, note D. Pouyaud. *AJDA*, 1998, p. 1041 et 969-977, chron. Raynaud et Fombeur. *AJFP*, 1998, n°1, pp. 4-8, note P. Boutelet. *JCP*, 1999, II.10045, note V. Haïm. *LPA*, 1999, n°65, pp. 6-9, note M.C. Rouault.

¹²¹³ En ce sens, voir notamment : MEYER Nadège. *L'ordre public en droit du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*. LGDJ. 2006. 392 p.

¹²¹⁴ JEAMMEAUD Antoine. « La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français », in *Estudios jurídico en homenaje al Doctor Nestor de Buen Lozano*. U.N.A.M, 2003, p. 2.

¹²¹⁵ WAQUET Philippe. « Le renouveau du contrat de travail ». *RJS*, 5/99, p. 383.

¹²¹⁶ MACAIRE Sophie. *La reconnaissance de la réalité juridique du contrat de recrutement en fonction publique*. Thèse de Doctorat en Droit Public, sous la direction de Pierre BOUTELET, 2008, 499 p. p. 12.

*direction de l'employeur. Cet équilibre repose sur la reconnaissance d'une autonomie entre le contrat d'une part, et la réglementation collective de travail d'autre part*¹²¹⁷ ».

S'inspirant de cette évolution intervenue en droit social, les opposants à la thèse réglementariste considèrent que celle-ci « *repose sur une confusion entre la réglementation des contrats et les obligations qui naissent des contrats. Le fait que les contrats de recrutement conclus par les personnes publiques soient soumis à une réglementation (comme le sont aussi les contrats de travail), ne suffit évidemment pas à écarter l'existence d'une relation contractuelle synallagmatique et notamment d'une obligation contractuelle de l'employeur (...) La conclusion d'un contrat de recrutement par une collectivité publique donne naissance à une situation complexe qui est à la fois réglementée (au sens de « encadrée par des règles préétablies »), partiellement unilatérale (le contrat contient une décision unilatérale investissant l'agent d'un emploi de la collectivité) et enfin partiellement contractuelle (définition des fonctions, de leur durée et de la rémunération)*¹²¹⁸ ».

La théorie réglementariste, tendant à considérer que le contrat de recrutement public n'est en réalité qu'un acte d'adhésion à un ensemble de dispositions quasi-statutaires, et donc tendant à nier tout consensualisme dans cette opération, soulève donc quelques critiques. En tout état de cause, et sur un plan purement pratique, il n'en demeure pas moins que l'uniformisation de la situation des agents contractuels de droit public, tant du fait du pouvoir réglementaire¹²¹⁹ que de la jurisprudence¹²²⁰, est un élément sécurisant pour les employeurs publics qui leur permet une gestion plus aisée du personnel ainsi recruté.

Dans le cadre du « recrutement exclusivement contractuel » objet du présent chapitre, ces observations renforcent le bien-fondé de notre hypothèse : le maintien d'une logique statutaire malgré la mise en place d'un contrat comme outil de recrutement sécurise les recrutements et répond par conséquent à un besoin des administrations territoriales.

¹²¹⁷ Ibidem, pp. 13-14.

¹²¹⁸ BOUTELET Pierre. « Commentaire de l'arrêt Conseil d'État, Section, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux* ». *AJFP*, 1999, p. 4.

¹²¹⁹ 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.

¹²²⁰ En ce sens, voir développements supra.

Le recrutement contractuel met en œuvre une logique différente de celle du recrutement statutaire, élément également susceptible de pouvoir justifier son succès. Le recrutement exclusivement contractuel mettrait en œuvre une logique similaire.

§2 – La mise en œuvre complète d’une logique métier :

Le fonctionnaire territorial est titulaire de son grade. L’administration offre à son agent, une fois titularisé, la garantie¹²²¹ d’une carrière et de son évolution et ce tout au long de sa vie professionnelle. La logique gouvernant le processus de recrutement d’un fonctionnaire est par conséquent totalement différente de celle relative à un agent contractuel. Ce dernier est en effet plus particulièrement recruté pour exercer un seul et unique emploi, pour occuper un seul poste, effectuer une seule et unique mission. En d’autres termes, le recrutement d’un agent contractuel répond à une logique dite de métier ou de mission. La situation du fonctionnaire est quant à elle gouvernée par l’idée selon laquelle un agent d’un même grade peut exercer, tout au long de sa carrière, de nombreux métiers différents. C’est pourquoi la logique métier a très longtemps été complètement étrangère à la fonction publique. Ainsi, *« n’est-il pas significatif que le terme « métier » n’apparaisse pas dans la loi portant statut général des fonctionnaires, loi du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires, y compris dans ses nombreuses et récentes modifications [?] »*¹²²². L’absence de tout renvoi à une telle logique métier pourrait expliquer la raison du succès de l’emploi contractuel, qui serait de fait plus susceptible de répondre aux besoins et nécessités de service des collectivités territoriales. En effet, alors qu’une gestion prévisionnelle basée sur des gestions de carrières longues paraît pour le moins complexe¹²²³, une gestion basée sur des savoir-faire, des compétences déterminées donc une gestion « métier », paraît beaucoup plus aisée à mettre en œuvre.

¹²²¹ Sauf, bien entendu, cas de révocation pour motif disciplinaire, d’insuffisance professionnelle ou d’incapacité définitive à l’exercice des fonctions.

¹²²² RICHARD Jacky. « Le métier est-il soluble dans le statut général ? ». *CFP*, 2013, n°329, pp. 34-36.

¹²²³ JEAN-PIERRE Didier. « Le rapport de l’Inspection générale de l’administration sur les « reçus-collés » aux concours de la fonction publique territoriale : des propositions mais pas de véritables solutions ». *JCP A*, 18 juin 2012, n°24, act. 407 : *« Sont donc pointées du doigt, au premier rang les collectivités territoriales et leurs pratiques de recrutement. La mission observe la difficulté des collectivités locales à projeter dans l’avenir la gestion de leurs effectifs, autrement dit, l’absence ou l’insuffisance d’une gestion prévisionnelle des effectifs et des compétences, reprenant ainsi une critique déjà adressée par la Cour des comptes aux collectivités dans son rapport pour 2012 »*.

Malgré tout, progressivement la notion de métier a pris de plus en plus d'importance au sein de la logique statutaire. Ainsi, « *l'introduction de la notion de métier dans les problématiques de fonction publique remonte au début des années quatre-vingt-dix à l'instigation du Commissariat général au plan (...). Mais ce n'est qu'au début des années 2000 que la notion de métier a investi plus largement le champ statutaire (...) sans doute à la faveur des exigences posées par la LOLF*¹²²⁴ ». La pénétration de cette notion de métier au sein du régime statutaire s'illustre principalement, selon Jacky RICHARD, au sein de trois domaines. En premier lieu, la formation professionnelle : « *elle est un secteur privilégié où l'exigence de professionnalisation et d'adaptation est naturellement à l'œuvre. L'ingénierie de formation, la valorisation des acquis de l'expérience (...), la reconnaissance des acquis de l'expérience professionnelle (...) s'appuient sur les actions de maîtrise de compétences et d'aptitude à l'occasion de situations professionnelles inhérentes à l'exercice des métiers*¹²²⁵ ». En second lieu, les répertoires métiers ont contribué à distiller cette notion au sein de la construction statutaire¹²²⁶. À ce jour, le CNFPT recense, au sein de la fonction publique territoriale, quelques 242 métiers répartis en 35 familles professionnelles¹²²⁷. Enfin, et en troisième lieu, la gestion prévisionnelle des emplois, des effectifs et des compétences (GPEEC) a pu se développer uniquement grâce au développement de cette logique métier¹²²⁸. Une telle évolution vers une fonction publique de métiers a été appelée de ses vœux par Jean-Ludovic SILICANI au sein de son livre blanc sur l'avenir de la fonction publique¹²²⁹.

Le corolaire de cette gestion de la fonction publique par métier est la problématique des recrutements. Une gestion par métier semble efficace afin d'anticiper les besoins en personnels des administrations. Or, une telle logique ne s'est mise en place que partiellement et fort progressivement à compter des années 2000. Les concours de recrutement¹²³⁰ ne reflètent pas encore totalement cette logique. En effet, ces concours sont organisés sur la base

¹²²⁴ RICHARD Jacky. « Le métier est-il soluble dans le statut général ? ». *CFP*, 2013, n°329, pp. 34-36. p. 34.

¹²²⁵ Ibidem.

¹²²⁶ Ibidem.

¹²²⁷ Les fiches métiers réalisées par le CNFPT sont disponibles sur le site internet de l'établissement public à l'adresse suivante : <http://www.cnfpt.fr/content/repertoire-metiers?gl=ODUwMGE2Y2I> (consulté le 4 avril 2015).

¹²²⁸ RICHARD Jacky. « Le métier est-il soluble dans le statut général ? ». *CFP*, 2013, n°329, pp. 34-36. p. 36.

¹²²⁹ SILICANI Jean Ludovic, *Livre blanc sur l'avenir de la Fonction Publique*. France, Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique, La Documentation française, 2008, 240 p. p. 95 et suivantes.

¹²³⁰ En ce sens, voir notamment : EDEL Frédéric. « Deux siècles de principe d'égalité d'admissibilité aux emplois publics ». *RFAP*, 2012, vol. 142, n°2, p. 339.

des statuts particuliers à chaque cadre d'emploi¹²³¹. Or, il existe à ce jour 54 cadres d'emplois différents¹²³² censés représenter 254 métiers¹²³³. À un même cadre d'emploi peuvent par conséquent correspondre de nombreux métiers. Les concours de recrutement qui ne reflètent pas les métiers territoriaux semblent inadaptés aux besoins des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Le contrat est donc, suivant cette logique, bien plus à même de répondre à leurs besoins.

Ce postulat est même confirmé par le phénomène des « reçus-collés ». Un reçu-collé peut être défini comme « *le lauréat d'un concours de la fonction publique territoriale qui, au terme de sa présence légale sur la liste d'aptitude, n'a été recruté sur aucun des emplois auquel donnait vocation le concours dont il a été lauréat*¹²³⁴ ». L'étendue de ce phénomène¹²³⁵ permet de confirmer l'inadaptation de la logique de carrière, ainsi que des concours, aux besoins des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

Tout ceci confirme notre analyse. Le principal problème du recrutement statutaire, tel qu'il est aujourd'hui conçu, est le manque d'adaptation des candidats aux besoins des employeurs territoriaux. Cela démontre le manque de pertinence des concours de la fonction publique territoriale, qui ne parviennent pas à combler les besoins en personnel des administrations territoriales. C'est ce qui justifie le recours aux agents contractuels.

Notre hypothèse de recrutement exclusivement contractuel prend donc tout son sens. En supprimant le filtre des concours, ce nouveau mode de recrutement permettrait d'asseoir

¹²³¹ À titre d'exemple, le décret portant statut particulier du cadre d'emploi des attachés territoriaux précise les conditions d'accès et de recrutement dans ce cadre d'emploi (Décret n°87-1099 du 30 décembre 1987 portant statut particulier du cadre d'emplois des attaches territoriaux. *JORF*, 31 décembre 1987, p. 15689).

¹²³² En ce sens, voir : CNFPT. *Les cadres d'emplois de la fonction publique territoriale en 2011*. Observatoire de l'emploi, des métiers et des compétences de la fonction publique territoriale, 2012, 162 p. [EN LIGNE] Disponible sur : http://www.cnfpt.fr/sites/default/files/les_cadres_demplois_de_la_fpt.pdf?gl=ODUwMGE2Y2I (consulté le 16 mai 2015).

¹²³³ CNFPT. *Répertoire des métiers territoriaux*. [EN LIGNE] Disponible sur : <http://www.cnfpt.fr/content/repertoire-metiers?gl=NjliOGJkMzI> (consulté le 16 mai 2015).

¹²³⁴ JEAN-PIERRE Didier. « Le rapport de l'Inspection générale de l'administration sur les « reçus-collés » aux concours de la fonction publique territoriale : des propositions mais pas de véritables solutions ». *JCP A*, 18 juin 2012, n°24, act. 407.

¹²³⁵ Ibidem. Le taux global de « reçus-collés » serait, en 2011, de 13,91%. La filière médicoteknique serait la plus touchée, avec un taux de 27,63 %, suivie par la filière sportive (22,48%) et la police municipale (18,55%).

pleinement cette nouvelle logique métier qui constitue un besoin fondamental des employeurs territoriaux.

Au surplus, le recrutement exclusivement contractuel, tel qu'ici conjecturé, serait particulièrement aisé à mettre en œuvre. Malgré tout, cette évolution s'opposerait à un héritage conceptuel que l'on peut aujourd'hui qualifier de dévoyé.

SECTION II - Un recrutement exclusivement contractuel aisé à mettre en œuvre mais entravé par un héritage conceptuel dévoyé :

Nous l'avons vu, le recrutement exclusivement contractuel pourrait permettre de répondre à nombre des besoins exprimés par les recruteurs territoriaux. Dès lors, il est opportun d'examiner plus en détails cette hypothèse.

Ainsi, dans un premier temps, nous nous apercevons que cette hypothèse peut être aisément mise en œuvre (§1). Toutefois, un principe fondateur de l'emploi public ne manquerait pas d'entraver la mise en œuvre de notre hypothèse : le principe de l'égal accès à l'emploi public, réputé mis en œuvre par le biais des concours. Comme nous le verrons, cet héritage conceptuel nous paraît aujourd'hui dévoyé (§2).

§1 – Une mise en place aisée :

Afin d'étudier la faisabilité de notre hypothèse – et nous apercevoir qu'il s'agit très certainement de celle dont la mise œuvre serait la plus aisée – il convient d'en détailler quelques mécanismes. Ainsi, nous évoquerons successivement la forme de ce recrutement (A), les durées de recrutement à envisager (B), l'abandon des grades au profit des métiers (C) et enfin les possibles dispositions transitoires à mettre en place (D). Seuls les principes directeurs de cette hypothèse seront ici évoqués, le cadre de la présente thèse ne se prêtant pas à une analyse plus poussée.

A. La forme du recrutement :

La présente hypothèse, celle d'un recrutement dit exclusivement contractuel, est fondée sur la fin des concours et des listes d'aptitudes. Les employeurs territoriaux seraient alors fondés à recruter qui ils souhaitent de façon pérenne, sans avoir ni à limiter leur choix aux titulaires des concours, ni – afin de s'en défaire – à recruter des agents de manière précaire en usant du recrutement contractuel tel qu'il est aujourd'hui conçu.

Le recrutement exclusivement contractuel présenterait par conséquent de nombreux avantages, et prendrait une forme identique à celle des contrats aujourd'hui conclus. La seule et unique différence est qu'il ne s'agirait là plus que de l'unique moyen de recruter un agent. Le recrutement serait donc, encore une fois, exclusivement contractuel.

L'objet de notre hypothèse est de conserver en tous points la forme des recrutements contractuels tels qu'ils se pratiquent aujourd'hui. La seule différence tiendrait au fait qu'il ne s'agirait plus là que du seul et unique moyen de recrutement offert aux employeurs territoriaux. La distinction entre agents contractuels et agents titulaires n'aurait dès lors plus lieu d'être. Il n'y aurait donc qu'un seul et unique type de recrutement. Dès lors qu'un agent serait recruté pour travailler au sein d'un service public administratif territorial, il serait soumis à un régime unique, uniforme. La simplification serait manifeste. Par ce biais, l'emploi public administratif territorial retrouverait une unité, une cohérence aujourd'hui perdue. Le recrutement exclusivement contractuel permettrait de répondre à l'ensemble des besoins des administrations territoriales.

Seule la durée de recrutement permettrait de différencier les agents.

B. Les durées de recrutement :

Notre hypothèse vise donc à instaurer un régime de recrutement exclusivement contractuel. Dans cette optique, il conviendrait de distinguer les agents recrutés de façon pérenne de ceux dont l'engagement n'est que temporaire.

La distinction entre ces deux types de recrutement pourrait s'avérer tout à fait similaire à celle applicable en droit commun du travail.

Selon ce postulat, il serait tout d'abord nécessaire de maintenir la distinction entre les emplois permanents et les emplois non permanents. Ces derniers pourraient par principe n'être recrutés que par contrats à durée déterminée : le besoin à satisfaire étant limité dans le temps, leur recrutement devrait l'être tout autant.

Ensuite, concernant les emplois permanents des administrations territoriales, il serait tout à fait possible – là encore – de s'inspirer des principes du code du travail. Le recrutement serait par principe à durée indéterminée. Les recrutements à durée déterminée ne seraient qu'exceptionnels, et calqués sur les cas et durées prévues par le code du travail¹²³⁶. Il serait également indispensable de sanctionner l'abus de contrats à durée déterminée de la même façon qu'en droit commun, c'est-à-dire par la requalification en contrat à durée indéterminée. Cela permettrait de limiter les abus ou – à tout le moins – de les sanctionner efficacement.

Enfin, en cas de recrutement pérenne, il serait tout à fait possible de prévoir une période d'essai qui prendrait la place du stage tel qu'il est aujourd'hui en vigueur.

Par ailleurs, il serait également possible de maintenir le régime des vacataires. Pour ce faire, il conviendrait de préciser que, par exception, les agents qui n'occupent pas d'emploi ne sont pas soumis aux dispositions relatives à la durée du recrutement. En cas d'abus, là encore, une requalification pourrait être de mise.

Procéder de la sorte présenterait de nombreux avantages. En effet, cela permettrait de limiter la précarité dans l'emploi public administratif territorial. La conclusion de contrats à durée déterminée étant mieux encadrée, les sanctions plus sévères, les risques d'abus seraient dès lors bien plus limités. Il s'agirait là d'un progrès social manifeste.

Au surplus, il y aurait là une simplification évidente du régime juridique applicable à l'emploi public administratif territorial. Il n'y aurait plus que des agents recrutés soit temporairement, soit de manière pérenne. La distinction entre agents titulaires, agents non

¹²³⁶ Il serait, dans ce cas de figure, nécessaire de faire référence au titre IV du livre II de la première partie de la partie législative du code du travail.

titulaires recrutés pour une durée déterminée et agents non titulaires recrutés pour une durée indéterminée disparaîtrait définitivement. L'emploi public administratif territorial ne se situerait par conséquent plus dans cet inconfortable entre-deux conceptuel, dans cette hésitation permanente entre deux formes de relation de travail distinctes : le contrat ou le statut, selon la durée de recrutement.

Les risques de débordements seraient par ailleurs patents si aucune grille de rémunération n'était mise en place. Ces grilles pourraient être créées non plus selon des grades, mais selon les métiers de l'emploi public administratif territorial, comme nous le verrons.

C. L'abandon des grades au profit des métiers :

L'emploi public administratif est aujourd'hui bâti autour d'une logique de grades. C'est sur cette base que sont mis en place les grilles de rémunération des agents. La mise en œuvre du recrutement exclusivement contractuel ne permettrait pas de maintenir un fonctionnement de ce type. En effet, ce fonctionnement est aujourd'hui justifié par les concours, qui constituent la principale porte d'entrée vers le fonctionnariat. Ces grades ne correspondent cependant plus à aucune réalité pratique, raison pour laquelle la mise en place d'une logique métier est aujourd'hui débutée – de manière cependant balbutiante.

La mise en œuvre du recrutement exclusivement contractuel pourrait être l'occasion de mettre un terme à des grades aujourd'hui désuets. Toutefois, ces grades sont aussi le support des grilles de rémunération des agents. Supprimer tout référentiel de ce type nous paraît particulièrement dangereux. Au surplus, cela aboutirait à des différences de traitement particulièrement importantes entre collectivités territoriales ce qui ne paraît pas souhaitable.

Si l'établissement de grilles de rémunération est indispensable, comment peut-on les mettre en œuvre ? La solution la plus évidente et la plus aisée à mettre en œuvre serait d'adapter ces grilles aux métiers de l'emploi public administratif territorial. Nous l'avons vu, à ce jour, le CNFPT recense, au sein de l'emploi public administratif territorial, quelques 242

métiers répartis en 35 familles professionnelles¹²³⁷. L'accès à un emploi correspondant à l'une de ces familles de métiers ne pourrait se faire que sur justification de diplômes adaptés.

Les grilles de rémunération des agents, les modalités de leur avancement, pourraient donc être mis en œuvre selon les familles professionnelles identifiées par le CNFPT. Il s'agirait là d'une avancée considérable dans la mise en œuvre de la logique métier au sein de l'emploi public administratif territorial.

Par ailleurs, c'est aujourd'hui l'appartenance à un grade qui donne vocation à occuper plusieurs emplois donnés. Cette dichotomie serait remplacée par une autre : la famille professionnelle et l'emploi. Un raisonnement similaire à celui actuellement en vigueur consisterait à continuer à séparer la famille professionnelle et l'emploi. De la sorte, le pouvoir de direction de l'employeur public serait maintenu dans son intégralité : un agent pourrait valablement être muté dans un emploi différent à condition que ce dernier relève toujours de sa famille professionnelle.

Ainsi, et à titre d'exemple, il est possible de citer la famille professionnelle « affaires juridiques », qui regroupe les emplois de responsable des affaires juridiques, gestionnaire des assurances et chargé(e) de la commande publique¹²³⁸. Selon notre hypothèse, un agent recruté au sein d'un emploi de cette famille pourrait être muté dans n'importe quel autre emploi relevant de cette même famille.

Il n'y aurait donc, en l'espèce, aucun changement par rapport à la pratique actuelle.

Ces quelques précisions effectuées, il convient d'envisager les dispositions transitoires qui pourraient être mises en œuvre.

¹²³⁷ Les fiches métiers réalisées par le CNFPT sont disponibles sur le site internet de l'établissement public à l'adresse suivante : <http://www.cnfpt.fr/content/repertoire-metiers?gl=ODUwMGE2Y2I> (consulté le 4 avril 2015).

¹²³⁸ Les différents métiers composant la famille professionnelle « affaires juridiques » peuvent être consultés en ligne à l'adresse suivante : http://www.cnfpt.fr/node/146/repertoire-metiers/famille/6?mots_cles= (consulté le 23 janvier 2016).

D. Les dispositions transitoires :

Dans le cadre de la mise en œuvre de notre hypothèse, des dispositions transitoires ne manqueraient pas de devoir être mises en œuvre. Elles seraient néanmoins particulièrement aisées. En effet, le système que nous conjecturons étant similaire dans sa quasi-intégralité au dispositif statutaire actuellement en place – hormis l’outil de recrutement – la transition pour les personnels actuellement en poste serait aisée.

Concernant les personnels titulaires, il conviendrait, dans un premier temps, de les reclasser dans une des familles de métiers identifiées par le CNFPT, toute référence au grade étant abandonnée.

Concernant les agents contractuels, il serait nécessaire – bien entendu – de laisser leur contrat en cours arriver à échéance. Ceci fait, tout renouvellement se devrait de respecter la nouvelle réglementation applicable concernant les durées d’engagement.

Comme nous l’avons vu, qu’il s’agisse de l’étendue de la réforme à mettre en place ou encore des dispositions transitoires à envisager, notre hypothèse se révèle particulièrement aisée à mettre en œuvre. Pourtant, cette réforme relativement limitée pourrait permettre à l’emploi public administratif territorial de retrouver une cohérence d’ensemble. Toutefois, et comme nous l’étudierons, une telle réforme pourrait être entravée, d’un strict point de vue idéologique, par un héritage conceptuel aujourd’hui daté.

§2 – Une mise en place entravée par un héritage conceptuel dévoyé :

Le recrutement exclusivement contractuel, tel que nous le conjecturons ici, serait très aisé à mettre en œuvre d’un point de vue pratique. Toutefois, d’un point de vue plus théorique, la mise en place de notre hypothèse pourrait être entravée par un héritage conceptuel important de la fonction publique.

L'égal accès à l'emploi public est un principe particulièrement ancien de l'emploi public. Pour mémoire, les révolutionnaires ont tenu le commerce des charges publiques pour responsable des dysfonctionnements de l'administration et de la corruption généralisée de l'ancien régime. Fort logiquement, ils ont immédiatement mis un terme à ce commerce via l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *tous les citoyens, étant égaux (...), sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents*¹²³⁹ ». C'est à partir de ce moment que le recrutement au sein de l'emploi public a été effectué par concours. Il s'agit même, selon certains auteurs, d'un « *principe sacré*¹²⁴⁰ » de la fonction publique française, de la technique « *la plus propre à assurer dans l'égalité la sélection des meilleurs*¹²⁴¹ ».

Notre hypothèse de recrutement exclusivement contractuel viendrait mettre un terme à tout recrutement par concours. Il convient tout d'abord de s'interroger sur la pertinence du concours pour assurer l'égal accès aux emplois publics. Nous l'avons également rappelé, les concours ont très rapidement été pris en défaut, de sorte que le recrutement d'agents contractuels est devenu nécessaire au sein de l'emploi public administratif territorial. Or, ces agents contractuels sont recrutés à la plus totale discrétion de l'employeur territorial. Au surplus, les emplois les moins qualifiés, mais aussi les personnels en situation de handicap peuvent faire l'objet d'un recrutement direct, sans concours. Peut-on dès lors valablement prétendre que le concours permet de garantir l'égal accès à l'emploi public ? Nous ne le pensons pas. Il nous semble au contraire que ce principe a été progressivement dévoyé.

Avec l'instauration d'un recrutement exclusivement contractuel, comment garantir l'égal accès à l'emploi public ? Nous avons précédemment évoqué la possibilité d'exiger des conditions de diplôme pour pouvoir prétendre à être intégré au sein des familles de métiers. Il s'agirait là d'une première garantie d'impartialité ou, à tout le moins, de compétence concernant les agents recrutés. Ensuite, il serait tout à fait possible d'instaurer des comités

¹²³⁹ IMBERT Jean, NAGLE Jean, MEYER Jean, GODECHOT Jacques, dir. PINET Marcel. *Histoire de la fonction publique en France – TOME 2 : du XVIe au XVIIIe siècle*. Paris : Nouvelle Librairie de France, 1995. 514 p. p. 389.

¹²⁴⁰ MONTECLER Marie-Christine de. « Les derniers des Mohicans ? ». *AJDA*, 2005, p. 1425.

¹²⁴¹ CHAPUS René. *Droit Administratif général. Tome 2*. Paris : Montchrestien, 15^e édition, 2001. 797 p. §186.

extérieurs aux collectivités territoriales, chargés de procéder aux recrutements selon les informations fournies par les employeurs. Il pourrait par exemple s'agir d'une nouvelle mission confiée aux centres de gestion de la fonction publique territoriale. Ce faisant, le recrutement exclusivement contractuel serait aussi objectif que possible, de sorte que le principe de l'égal accès à l'emploi public serait préservé.

Le principe de l'égal accès à l'emploi public a donc toujours été considéré comme exigeant la mise en œuvre de concours de recrutements. Or, comme nous l'avons vu, il existe d'autres possibilités permettant d'assurer le respect de ce principe. Dès lors, la suppression de tout concours qu'engendrerait le recrutement exclusivement contractuel ne serait pas de nature à remettre en cause ce principe. Au contraire, ce principe pourrait même regagner en vigueur.

L'héritage conceptuel de l'emploi public pourrait donc constituer un frein à la mise en œuvre de notre hypothèse, tant l'association du concours au principe de l'égal accès à l'emploi public est fort. Toutefois, il est tout à fait envisageable de mettre en œuvre cet héritage conceptuel tout en s'affranchissant du concours.

CONCLUSION :

Nous avons enfin pu envisager, au travers du présent chapitre, une hypothèse permettant efficacement d'adapter le régime juridique de l'emploi public administratif territorial à l'ensemble de ses missions. Il s'agirait alors d'opter pour un recrutement exclusivement contractuel.

Dans cette optique, les concours disparaîtraient. Les grades seraient remplacés par des familles de métiers, accessibles sous conditions de diplômes. Les grilles de rémunération seraient fixées par grille de métiers, qui prévoiraient la progression de carrière envisageable.

L'hypothèse paraît triviale, tant elle paraît similaire à la pratique actuelle. Toutefois, ses avantages sont particulièrement nombreux : la mise en œuvre d'une véritable logique métier ; une simplification massive, notamment par la disparition de la dichotomie entre agent

titulaire et agent non titulaire ; un progrès social indéniable, par la réduction de l'inacceptable précarité découlant du régime juridique aujourd'hui applicable aux agents contractuels... Les avantages sont nombreux et permettraient à l'emploi public administratif territorial de retrouver une véritable cohérence, une dynamique d'ensemble.

Certes, nous avons également pu observer les difficultés conceptuelles qu'une telle réforme engendrerait, notamment au regard du principe de l'égal accès à l'emploi public. Néanmoins, une telle difficulté ne nous paraît pas dirimante. D'une part, il semble aisé de garantir la bonne application de ce principe, même en ayant recours à un recrutement exclusivement contractuel. D'autres part, les avantages présentés paraissent bien supérieurs aux inconvénients qu'il nous a été possible de relever.

TITRE 2

CONCLUSION

Nous avons envisagé, au sein du présent titre, la possibilité d'adapter le régime juridique de l'emploi public administratif territorial à l'ensemble de ses missions par le biais du contrat de droit public. Nous avons sur cette base étudié deux hypothèses.

Nous avons tout d'abord envisagé la possibilité d'assouplir le régime statutaire actuellement en vigueur en contractuant certains aspects. D'un point de vue collectif, notre hypothèse consistait à envisager de mettre en place une négociation collective nouvelle, contraignante, à l'image de ce qui se pratique en droit privé. Nous avons toutefois constaté que si une telle réforme pourrait permettre d'améliorer certains aspects du régime juridique en vigueur, elle ne serait pas suffisante à remédier à la perte de repère de l'emploi public administratif territorial. D'un point de vue individuel, nous avons développé l'hypothèse émise par le Conseil d'État en 2003, à savoir le contrat d'affectation sur emploi. Il s'agit, selon cette hypothèse, de contractualiser la fiche de poste de l'agent. L'idée directrice de cette hypothèse est d'impliquer plus encore l'agent dans la détermination de ses missions, de ses objectifs. Là encore, nous avons pu constater que même s'il s'agirait d'un indéniable progrès, cette hypothèse n'était pas non plus en mesure de remédier à la perte de repère de l'emploi public administratif territorial.

Cette première hypothèse s'est révélée infructueuse.

Ensuite, nous avons envisagé une seconde hypothèse. Qu'advierait-il si les recrutements, au sein de l'emploi public administratif territorial, devenaient exclusivement contractuels ? L'idée serait de supprimer les concours, d'adopter un contrat qui ne serait que la traduction d'une adhésion totale à un statut préétabli. En d'autres termes, cette hypothèse revient à modifier l'instrument du recrutement.

Les avantages présentés par une telle hypothèse sont particulièrement nombreux : simplification du régime juridique applicable, optimisation des carrières par une adoption

pleine et entière de la logique métier... L'unification ainsi opérée par la suppression de la dichotomie entre agents titulaires et agents non titulaires paraît comme de nature à renforcer l'emploi public administratif territorial. Certes, nous avons pu relever quelques difficultés qui ne manqueraient pas de se présenter. Toutefois, les avantages présentés par cette hypothèse nous paraissent éclipser ses inconvénients. Tous ces éléments nous ont donc permis d'affirmer que le contrat de droit public, en tant que substitut au recrutement statutaire, constituerait une hypothèse viable. Plus que de simplement constituer ce qui nous semble être l'avenir du droit de l'emploi public administratif territorial, cette hypothèse permettrait également de remédier à la perte de repère naissante de l'emploi public administratif territorial, lui apportant une nouvelle cohérence d'ensemble.

PARTIE II

CONCLUSION

Nous avons pu établir, au sein de la première partie de la présente thèse, l'impossibilité pour les administrations territoriales d'exécuter l'ensemble des missions relevant de leurs compétences en usant du seul recrutement statutaire.

Nous avons ensuite envisagé les moyens d'adapter le régime juridique de l'emploi public administratif territorial à l'ensemble de ses missions. Le recrutement statutaire étant en lui-même un modèle imparfait – puisqu'incapable de fonctionner sans l'appui d'un important recrutement contractuel générateur de précarité – nous avons pris le parti d'envisager cette adaptation par le biais de l'utilisation du contrat.

C'est ainsi que nous avons pu envisager, dans un premier temps, l'hypothèse d'une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial. Nous avons toutefois dû écarter une telle hypothèse : malgré d'apparents rapprochements, le droit de l'emploi public administratif et le droit du travail sont fondamentalement différents. C'est la raison pour laquelle une application du droit du travail à l'emploi public administratif territorial ne serait pas satisfaisante. Certes, il serait possible d'amender le droit du travail pour l'adapter aux spécificités des administrations territoriales, mais l'intérêt d'une telle réforme serait alors complètement remis en cause. D'une part, il n'y aurait là aucune véritable simplification du droit applicable aux agents des administrations territoriales. D'autres part, le risque est grand d'aboutir à une situation similaire à celle de l'Italie qui – après avoir procédé à une privatisation de son emploi public – a fini par réintroduire de nombreux aspects de droit public dans ses relations avec ses agents, mettant à mal la cohérence de la réforme précédemment menée. Toutes ces raisons nous ont donc convaincu de l'impossibilité de satisfaire l'ensemble des besoins des administrations territoriales par le contrat de droit privé.

Dans un second temps, nous avons envisagé la possibilité d'user du contrat de droit public afin de satisfaire l'ensemble des besoins des administrations territoriales. À ce titre, nous avons rapidement dû écarter une première hypothèse : celle de l'insertion de

composantes contractuelles au sein du régime statutaire actuellement en vigueur. Une telle réforme n'aurait en effet que peu d'intérêt. Nous avons alors enfin envisagé une ultime hypothèse : celle d'un recrutement exclusivement contractuel. Cette dernière hypothèse, qui impliquerait la mise en œuvre massive d'une logique dite de métier ou de mission, serait la plus à même d'adapter le régime juridique de l'emploi public administratif territorial à l'ensemble de ses missions.

CONCLUSION GÉNÉRALE

La réflexion à l'origine de la présente thèse a été initiée par la recherche d'une logique d'ensemble, d'une vision globale et cohérente de l'emploi public administratif territorial. Cette recherche s'est très rapidement confrontée à la réalité pratique. Sont en effet maintenus au sein de cet emploi deux régimes juridiques distincts, dont le seul critère de différenciation est l'outil juridique employé pour procéder au recrutement : soit le recrutement statutaire, soit le recrutement contractuel, qui n'est censé n'être qu'exceptionnel au sein de l'emploi public administratif territorial. Toutefois, alors que cet emploi aurait dû être composé en quasi-intégralité par des agents titulaires, tel est loin d'être le cas. Tous ces éléments nous ont amené à nous interroger : le contrat, au sein de l'emploi public administratif territorial, ne serait-il pas annonciateur d'une profonde remise en cause du régime juridique de cet emploi ?

Nous avons tout d'abord pu observer que le contrat est bel et indispensable au fonctionnement quotidien des administrations territoriales, le recrutement statutaire ne permettant pas de satisfaire l'ensemble de leurs besoins.

Cette inadaptation est révélée par la multiplication des cas de recrutements contractuels. Ces cas de recrutements contractuels ont tellement proliféré qu'ils concernent un nombre particulièrement important d'hypothèses. Toutefois, même en présence de nombreuses possibilités de recrutements contractuels, le contrat aurait pu ne constituer qu'un phénomène marginal si quantitativement il n'avait représenté qu'une infime partie des agents recrutés.

Nous avons cependant pu constater qu'en réalité, l'inadaptation du recrutement statutaire est soulignée par la banalisation du recrutement contractuel. D'une part, nous avons pu observer qu'une des différences fondamentales entre le recrutement contractuel et le recrutement statutaire – le caractère pérenne ou non de l'embauche – n'était désormais plus une réalité. En effet, le recrutement contractuel peut aujourd'hui s'avérer pérenne. Au surplus, nous avons pu constater une véritable institutionnalisation du recrutement contractuel : quels que soient les efforts des gouvernements ou du législateur, quelle que soit la période étudiée, le recrutement contractuel est quantitativement important, aux alentours d'un cinquième de

l'emploi public administratif territorial total. Cela nous a donc permis d'établir une faille conceptuelle de l'emploi public administratif territorial : le recrutement statutaire n'est pas seul en mesure de permettre aux administrations territoriales d'accomplir l'ensemble des missions relevant de leurs compétences.

L'inadaptation du recrutement statutaire à l'ensemble des missions des administrations territoriales étant établie, nous nous sommes interrogés sur la possibilité d'adapter le régime juridique de l'emploi public administratif territorial à l'ensemble de ses missions. En effet, le modèle statutaire tel qu'il est aujourd'hui en vigueur s'avère imparfait.

Nous avons par conséquent, au sein d'une seconde partie, envisagé plusieurs hypothèses permettant d'adapter le droit de l'emploi public administratif territorial à l'ensemble de ses missions par le biais de l'utilisation du contrat.

Dans un premier temps, nous avons émis l'hypothèse selon laquelle le contrat de droit privé serait susceptible d'asseoir une telle ambition. Nous avons tout d'abord démontré qu'une privatisation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial était envisageable, du moins d'un point de vue juridique. Pour le démontrer, nous nous sommes attardés sur l'étude d'un précédent, la transition effectuée au sein du secteur des postes et télécommunications, qui s'avérerait en tous points conforme à la conception européenne des emplois de fonctionnaires. Ceci fait, nous nous sommes penchés plus en détail sur les nécessités des services publics administratifs territoriaux. Nous en avons déduit que le droit commun du travail ne serait pas en mesure de permettre un fonctionnement normal des institutions. Au surplus, nous avons étudié l'exemple de l'Italie, pays frontalier ayant tenté une telle privatisation. L'échec de cette entreprise nous a convaincu de l'impossibilité, pour le contrat de droit privé, de constituer un outil d'adaptation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial à ses missions.

Dans un second temps, nous avons émis l'hypothèse selon laquelle le contrat de droit public pourrait parvenir à ce but. Nous avons tout d'abord envisagé la possibilité d'assouplir le régime statutaire actuellement en vigueur en contractualisant certains aspects. Toutefois, ces assouplissements, qu'ils interviennent à un plan collectif ou individuel, ne nous ont pas paru suffisants afin d'accroître l'efficacité du recrutement statutaire. Ensuite, nous avons envisagé une ultime hypothèse, au titre de laquelle les recrutements, au sein de l'emploi

public administratif territorial, deviendraient exclusivement contractuels. Nous avons alors pu constater qu'un tel recrutement, exclusivement contractuel, présenterait de nombreux avantages : simplification du régime juridique applicable, optimisation des carrières par une adoption pleine et entière de la logique métier... Nous avons par conséquent retenu cette hypothèse comme seule susceptible de permettre une adaptation du régime juridique de l'emploi public administratif territorial à l'ensemble de ses missions.

Le contrat, au sein de l'emploi public administratif territorial, est donc bel et bien annonciateur d'une profonde remise en cause du régime juridique de cet emploi qui pourrait à notre sens se concrétiser par la mise en œuvre de cette dernière hypothèse.

La solution à laquelle nous avons abouti peut paraître triviale. Néanmoins, une telle hypothèse n'a, à notre connaissance, jamais été évoquée. En tout état de cause, la présente étude aura permis de démontrer l'absence de réalisme des discours qui prophétisent la privatisation du régime juridique de l'emploi public. Nous avons pu le constater, une telle opération serait contre-productive.

Également, la présente étude aura eu pour intérêt de démontrer – au moins indirectement – que la logique de carrière actuellement en vigueur n'est plus tenable, à supposer qu'elle l'ait un jour été. Il semble par conséquent urgent d'abandonner tout idéalisme vain et d'adopter une position pragmatique : le futur de l'emploi public est dans l'adoption pleine et entière d'une logique métier, dans l'abandon du paradigme des carrières tel qu'il est aujourd'hui conçu.

Certes, le contrat n'est peut-être pas l'outil idéal pour atteindre un tel résultat. Il est en effet certainement possible d'y parvenir tout en maintenant des concours, adaptés à cette nouvelle logique. Toutefois, l'adoption du contrat comme mode exclusif de recrutement présenterait de nombreux avantages. Au surplus, la disparition du concours simplifierait le recrutement d'un personnel issu du privé, qui n'aurait pas à se soumettre à un concours pour intégrer l'emploi public administratif territorial. En maintenant sa logique de concours, l'emploi public administratif territorial se prive de fait d'une incontestable réserve de talents issus du privé.

Enfin, s'il est une chose que cette étude aura assurément permis de démontrer, c'est que la recherche de cohérence n'est pas une priorité du législateur – du moins concernant l'emploi public administratif territorial. À force de réformes successives, de retouches parcelaires du régime juridique applicable, cet emploi a perdu toute unité, toute cohérence d'ensemble. Nous avons ainsi parfois évoqué la perte de repère de cet emploi.

Si la présente étude n'a pas la prétention d'avoir mis au point une hypothèse en tous points idéale, elle aura a minima eu le mérite de démontrer l'intérêt et l'urgence à agir en la matière. Également, et si la présente étude a volontairement été limitée à l'emploi public administratif territorial, il pourrait s'avérer particulièrement intéressant d'établir un diagnostic similaire au sein des emplois publics administratifs étatique et hospitalier.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES, THÈSES, COMMUNICATIONS ET RAPPORTS INSTITUTIONNELS :

OUVRAGES :

AUZERO Gilles, DOCKES Emmanuel. *Droit du travail*. Paris : Dalloz, 28^e édition, 2013. 1556 p.

BAGUENARD Jacques. *La décentralisation*. Paris, P.U.F. « Que sais-je ? », 7^e édition, 2004, 128 p.

BERTHO Catherine. *Télégraphe et téléphone*. Paris : La Découverte, 1981, 538 p.

CASTALDO André, MAUSEN Yves. *Introduction historique au droit*. Paris : Dalloz, 4^e édition, 2013. 785 p.

CHABIN Michel, LALLEMENT Jean-Noël, BIDOUBE René, SALON Serge, dir. PINET Marcel. *Histoire de la fonction publique en France – TOME 3 : les XIX^e et XX^e siècles*. Paris : Nouvelle Librairie de France, 1995. 589 p.

CHAPUS René. *Droit administratif général : Tome 1*. Paris : Montchrestien, 10^e édition, 1996. 1292 p.

CHAPUS René. *Droit Administratif général. Tome 2*. Paris : Montchrestien, 15^e édition, 2001. 797 p.

DELPERRIE DE BAYAC Jacques. *Le royaume du Maréchal, histoire de la zone libre*. Paris : Laffont, 1975. 416 p.

DREYFUS Camille. *La grande encyclopédie : inventaire raisonné des sciences, des lettres et des arts - Tome 17 / par une société de savants et de gens de lettres*. Paris : Société anonyme de « La Grande encyclopédie », 1885. 1212 p. [EN LIGNE]. Disponible sur : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k246527/f715.image> (consulté le 20 novembre 2013).

DURAND Dominique. *Une histoire de la fonction publique territoriale*. Paris : Éditions La Dispute, 2004. 311 p.

FREYDER Arnaud. *La fonction publique : chronique d'une révolution silencieuse*. Paris : LGDJ, Lextenso éditions, 2013. 382 p.

HAMON Francis. *Droit des fonctions publiques. Vol. 1, Organisation et gestion*. LGDJ, 2002, 176 p.

IMBERT Jean, NAGLE Jean, MEYER Jean, GODECHOT Jacques, dir. PINET Marcel. *Histoire de la fonction publique en France – TOME 2 : du XVI^e au XVIII^e siècle*. Paris : Nouvelle Librairie de France, 1995. 514 p.

- LAUBADERE DE André. *Traité de droit administratif. Tome 4 : l'administration de l'économie*. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977, 454 p.
- LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DEVOLVE Pierre, GENEVOIS Bruno. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Paris : Dalloz, 10^e édition, 1993. 820 p.
- MEYER Nadège. *L'ordre public en droit du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*. LGDJ. 2006. 392 p.
- MONIOLLE Carole. *Les agents non titulaires de la fonction publique de l'État*. LGDJ, 1999, 303 p.
- MURRAY KENDAL Paul. *Louis XI. L'universelle araigne*. Paris : Fayard, 1974, 584 p.
- PELLETIER Pascale, MARILLIA Georges-Daniel. *Les agents non titulaires des trois fonctions publiques*. Paris : Éditions Berger-Levrault, 4^e édition, 2007. 286 p.
- PICHARD Marc. *Le droit à : étude de législation française*. Paris : Economica, 2006. 566 p.
Cité par : FERKANE Ylias. « L'arrivée d'un droit de la négociation dans la fonction publique » in *Droits du travail et des fonctions publiques : Unité(s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations. Actes du colloque de Nanterre – Automne 2010*, dir. TOUZEIL-DIVINA Mathieu. Paris : éditions l'Épilogue, Lextenso, 2012. 260 p. pp. 129-138.
- PLANTEY Alain. *La fonction publique, traité général*. Paris : Litec, 2011. 826 p.
- RENAUT Marie-Hélène. *Histoire de la fonction publique*. Paris : Ellipses marketing, 2003. 96 p.
- RICHE Pierre, BOURNAZEL Eric, AUTRAND Françoise, dir. PINET Marcel. *Histoire de la fonction publique en France – TOME 1 : des origines au XVI^e siècle*. Paris : Nouvelle Librairie de France, 1995. 482 p.
- ROSANVALLON Pierre. *L'État en France de 1789 à nos jours*. Paris : Le Seuil, 1993. 369 p.

THÈSE :

- MACAIRE Sophie. *La reconnaissance de la réalité juridique du contrat de recrutement en fonction publique*. Thèse de Doctorat en Droit Public, sous la direction de Pierre BOUTELET, 2008, 499 p.

RAPPORTS ET COMMUNICATIONS INSTITUTIONNELLES :

- BARTOLI Fabienne, BRAS Pierre-Louis. *Tarifification à l'activité et écarts de coûts du travail entre les établissements publics et PSPH*. La documentation française : mars 2007 [EN LIGNE] Disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000364.pdf> (consulté le 28 mars 2016).
- BLAIZOT François. *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale sur le projet*

de loi relation à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire. Sénat, n°512 (1995-1996). 164 p. [EN LIGNE] Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/196-044/196-0441.pdf> (consulté le 19 mars 2015).

CNFPT. *Les cadres d'emplois de la fonction publique territoriale en 2011.* Observatoire de l'emploi, des métiers et des compétences de la fonction publique territoriale, 2012, 162 p. [EN LIGNE] Disponible sur : http://www.cnfpt.fr/sites/default/files/les_cadres_demplois_de_la_fpt.pdf?gl=ODUwMGE2Y2I (consulté le 16 mai 2015).

CNFPT. *Répertoire des métiers territoriaux.* [EN LIGNE] Disponible sur : <http://www.cnfpt.fr/content/repertoire-metiers?gl=NjliOGJkMzI> (consulté le 16 mai 2015).

CNRACL. *Fonctionnaires territoriaux à temps non complet* [EN LIGNE]. Disponible sur : https://www.cdc.retraites.fr/portail/spip.php?page=article&id_article=8474&cible=_actif (consulté le 1^{er} novembre 2014).

Conseil d'État. *Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique.* Paris : La Documentation française, 2003, 448 p.

DE VILLEPIN Dominique. *Lettre du Premier ministre du 23 juin 2006 : développement des contrats PACTE dans la fonction publique.* [EN LIGNE] Disponible sur : http://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/score/autres-recrutements/pm_20060623.pdf (consulté le 14 mai 2015).

DGAFF. *Fonction publique : faits et chiffres 2002.* La Documentation Française, 2003, 240 p.

DGAFF. *La fonction publique de l'État, Rapport annuel 2002.* La Documentation Française, 2003, 184 p.

DGAFF. *Fonction publique : faits et chiffres 2004.* La Documentation Française, 2005, 270 p.

DGAFF. *Rapport annuel fonction publique : faits et chiffres 2005-2006.* La Documentation Française, 2006, 303 p.

DGAFF. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : volume 1, faits et chiffres 2006-2007.* La Documentation Française, 2007, 535 p.

DGAFF. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : volume 1, faits et chiffres 2007-2008.* La Documentation Française, 2008, 645 p.

DGAFF. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : volume 1, faits et chiffres 2008-2009.* La Documentation Française, 2009, 725 p.

DGAFF. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : volume 1, faits et chiffres 2009-2010.* La Documentation Française, 2010, 438 p.

DGAFF. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres 2010-2011.* La Documentation Française, 2011, 580 p.

DGAFF. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2012.* La Documentation Française, 2012, 572 p.

DGAFF. *Faits et chiffres : l'essentiel, édition 2013.* La Documentation Française, 2013, 50 p.

DGAFF. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2013.* La Documentation Française, 2013, 652 p.

DGAFF. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2014*. La Documentation Française, 2014, 572 p.

DGAFF. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2015*. La Documentation Française, 2015, 664 p.

DGAFF. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2016*. La Documentation Française, 2016, 684 p.

FOURNIER Jacques. *Le dialogue social dans la fonction publique : livre blanc*. France, Ministère de la fonction publique et de la réforme de l'État, La Documentation française, 2002, 203 p.

MOREL-A-L'HUISSIER Pierre. « Rapport au nom de la commission des lois sur le projet de loi adopté par le Sénat portant diverses mesures de transpositions du droit communautaire à la fonction publique ». *Doc. A.N.*, 30 mars 2005, n°2222, p. 65.

SAPIN Michel. *Discours prononcé à l'occasion de l'installation de l'observatoire de l'emploi public*. 19 septembre 2000. [EN LIGNE] Disponible sur : <http://www.fonction-publique.gouv.fr/ministre/presse/discours-128> (consulté le 18 février 2014).

SILICANI Jean Ludovic, *Livre blanc sur l'avenir de la Fonction Publique*. France, Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique, La Documentation française, 2008, 240 p.

TASCA Catherine. *Rapport fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et de l'administration générale sur le 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 (procédure accélérée)*. Sénat, n°784 (2010-2011) et n°261 (2011-2012). 307p. [EN LIGNE] Disponible sur : <http://www.senat.fr/rap/111-260/111-2601.pdf> (consulté le 19 mars 2015).

ARTICLES :

[Anon.]. « Les vacataires dans la fonction publique territoriale ». *IAJ*, 2010, n°2, pp. 2–11.

AGUILA Yann. « Conclusions rendues à l'occasion de l'arrêt CE sect., 3 décembre 2004, *Quinio*, n°260786 ». *RFDA*, 2005, n°2, p. 358.

ALCARAZ Hubert. « Les emplois à la jonction du politique et de l'administratif dans la fonction publique territoriale ». *RFDA*, 2008, p. 147.

AUVRET Patrick. « La notion de droit acquis en droit administratif français ». *RDP*, 1985, pp. 54–101.

AZIBERT Michel, BOISDEFFRE de Martine. « Chronique de l'arrêt CE, 30 septembre 1988, *Bonmartin*, n°70069 ». *AJDA*, 1988, p. 724.

BENTOLILA Pierre. « Note sur l'arrêt CE, 29 décembre 2004, *Commune de Puimisson*, n°256057 ». *CTI*, 2005, n°2, comm. 23.

- BENTOLILA Pierre. « Projet de loi portant transposition du droit communautaire à la fonction publique : le vrai retour des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique territoriale ? ». *CTI*, 2005, n°6.
- BENTOLILA Pierre. « L'incidence de la loi du 26 juillet 2005 sur la situation des agents contractuels des collectivités locales ». *CTI*, 2005, n°11.
- BENTOLILA Pierre. « Éligibilité et recours au CDI dans la fonction publique territoriale : premier bilan de l'application de la loi du 26 juillet 2005 ». *AJFP*, 2011, p. 181.
- BERNARD Jacques. « La LOLF : d'une administration de moyens vers une administration de résultats », in *La fonction publique face à la culture de résultat*, dir. SERBA Jacques, LE JEUNE Pierrick. Bruxelles : éditions Bruylant, 2006, 162p.
- BERNOT Joël. « Le licenciement des agents publics contractuels : existe-t-il une place pour la transaction ? ». *CTI*, 2005, n°6.
- BERTHO Catherine. « Histoire de l'administration des télécommunications : une succession de crises et de réformes ». *RFAP*, 1989, n°52, pp. 25 et suivantes.
- BIGOT Grégoire. « Les mythes fondateurs du droit administratif ». *RFDA*, 2000, pp. 527-536.
- BON Pierre, BECHILLON Denis de. « Observations sur l'arrêt CE, 9 juillet 1997, *Centre hospitalier de Draguignan contre Mme Perugia*, n°158347 ». *D.*, 1999, p. 48.
- BOURDON Jacques. « Droit communautaire et fonction publique territoriale ». *RGCT*, 2005, n°35, pp. 285-296.
- BOURDON Jacques. « Vers une banalisation du droit de la fonction publique ? ». *AJFP*, 2005, p. 284.
- BOUSEZ Françoise, MARTINON Arnaud. « Le dédale des contrats aidés ». *RDSS*, 2006, p. 595.
- BOUTELET Pierre. « Commentaire de l'arrêt Conseil d'État, Section, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux* ». *AJFP*, 1999, p.4.
- BOUTELET Pierre. « Feu dame veuve Mazerand ». *AJFP*, 1996, n°2, p. 5.
- BOUTELET Pierre. « La présomption de durée indéterminée d'un contrat de recrutement verbal. Observations sur CAA Nancy, 2 avril 1997, *Commune de Genouilly*, n°94NC01710 ». *AJFP*, 1997, p. 48.
- BOUTELET Pierre. « Note sur l'arrêt CE sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n°149662 ». *AJFP*, 1998, n°1, pp. 4-8.
- BRONDEL Séverine. « La situation financière des départements nécessite des mesures rapides ». *AJDA*, 2010, p. 868.
- BURGUBURU Julie. « Utiles précisions sur les modalités juridiques de non-renouvellement des CDD. Conclusions rendues à l'occasion de l'arrêt CE, 23 février 2009, n°304995 ». *AJFP*, 2009, n°3, p.141.
- CAILLOSSE Jacques. « Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ? ». *Rev. Adm.*, 2002, p. 351.
- CAMUS Aurélien. « La dignité de la fonction en droit de la fonction publique ». *RFDA*, 2015, n°3, p. 541.

- CANEDO-PARIS Marguerite. « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé ». *RFDA*, 2008, n°5, p. 979.
- CARANTA Roberto. « Point de vue sur les réformes récentes en matière de fonction publique en Italie » in *Conseil d'État, Rapport public 2003, Perspectives pour la fonction publique*. Paris : La Documentation française, 2003, pp. 399-413.
- CARRERE Lorène, ABBAL Marjorie. « Emplois fonctionnels : les modalités de la cessation de fonction ». *Le courrier des maires*, 2014, n°275, pp. 40-41.
- CH Jean-Luc. « Un mini statut pour les personnels non titulaires ». *CFPA*, 1988, n°57, p. 4.
- CHAUVY Yves. « Note sur l'arrêt Cass. soc., 25 juin 1992, n°88-42498 ». *Dr. Soc.*, 1992, p. 818.
- CHEVALLIER Jacques. « La mutation des postes et télécommunications ». *AJDA*, 1990, p. 667.
- CHEVALLIER Jacques. « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités ». *RFDA*, 1996, p. 944.
- CHEVILLEY-HIVER Carole. « Mutation dans l'intérêt du service et sanction disciplinaire déguisée : critères de distinction ». *AJFP*, 2000, n°1, p. 35.
- CHRISTOPHE-TCHAKALOFF Marie-France. « Fonction publique et droit communautaire ». *AJFP*, 2001, n°1, p. 4.
- COMBARNOUS Michel, GALABERT Jean-Michel. « Commentaire de l'arrêt *Lauthier* du Conseil d'État du 20 mars 1959 ». *AJDA*, 1959, n°1, p. 68. Cité par : PUISOYE Jacques. « Situation juridique des agents des services publics recrutés par contrat ». *AJDA*, 1960, pp. 572-576.
- COUDRAY Olivier. « Le recrutement d'un agent public pour une durée déterminée et la requalification du contrat en contrat à durée indéterminée ». *RFDA*, 1996, p. 819.
- DAÏOGLU Hélène. « Le contrat à durée déterminée renouvelé tacitement : les conséquences de la qualification ». *AJFP*, 2004, p. 42.
- DAVESNE Sébastien. « Licenciement d'une femme enceinte à l'issue de la période d'essai prévue par son contrat. Conclusions rendues à l'occasion de l'arrêt CAA Versailles, 17 juin 2010, *Commune de Vésinet*, n°09VE00443 ». *AJDA*, 2010, p. 1478.
- DAVIA Jean. « L'extension de la notion d'accident de service pour les agents publics en mission ». *D.*, 2005, p. 941.
- DEBENE Marc, RAYMUNDIE Olivier. « Sur le service universel : renouveau du service public ou nouvelle mystification ? ». *AJDA*, 1996, p. 183.
- DEBORD Florence. « La poste : ses personnels, ses statuts, ses juges. Soc. 26 novembre 2013, n°12-18.447 ; 27 novembre 2013, n°12-26.721 et 13-12.033, à paraître au Bulletin ». *RDT*, 2014, p.108.
- DELBLOND Antoine. « CDI dans l'administration publique : fin d'une époque ? ». *AJFP*, 2005, p. 113.
- DERBOULLES Laurent. « Le régime juridique du CDI de droit public : le point sur le i ». *AJFP*, 2014, p. 179.
- DEROSIER Bernard. « Vers une fonction publique contractuelle ? ». *AJDA*, 2005, p. 857.

DESBARATS Isabelle. « La précarisation de l'emploi dans le secteur public et dans l'entreprise privée. Approches croisées ». *D.*, 2002, Chron. 593.

DOCKES Emmanuel. « L'agent public non statutaire et le Code du Travail ». *AJFP*, 1997, n°4, p. 1.

DOUSSIN Anne-Laure. « Des CDI dans la fonction publique ». *JCP A*, 2006, n°14, act. 304.

DUFAU Jean. « De la condition juridique du personnel d'électricité de France et de gaz de France ; les agents d'électricité de France et de gaz de France sont dans une situation juridique de droit privé ». *CJEG*, 1957, n°88, pp. 1-9.

EDEL Frédéric. « Deux siècles de principe d'égalité admissibilité aux emplois publics ». *RFAP*, 2012, vol. 142, n°2, p. 339.

ETCHEVERRY Nathalie. « Commentaire de l'arrêt rendu par le Conseil d'État le 22 octobre 2004, *M. Lamblin*, n°245154 ». *RGCT*, 2004, n°33, pp. 127-132.

FAVOREU Louis. « Principes généraux du droit et ordonnances non ratifiées ». *RFDA*, 1996, 1111.

FERKANE Ylias. « L'arrivée d'un droit de la négociation dans la fonction publique » in *Droits du travail et des fonctions publiques : Unité(s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations. Actes du colloque de Nanterre – Automne 2010*, dir. TOUZEIL-DIVINA Mathieu. Paris : éditions l'Épilogue, Lextenso, 2012. 260 p. pp. 129-138.

FITTE-DUVAL Annie. « Contrat à durée indéterminée dans la fonction publique : les risques d'une transposition inadaptée ». *AJFP*, 2007, p. 4.

FONT Nicolas. « La loi du 26 juillet 2005 ne généralise pas le CDI ». *AJFP*, 2012, p. 161.

FRUGIS Maurizio. « Le modèle italien de la fonction publique ». *RLCT*, 2012, n°81, pp. 88-92.

GARAGNON Jean. « L'improbable disparition de l'auxiliarat », in *Mélanges en l'honneur de Robert Pelloux*. L'Hermès, 1980, p. 143.

GAUDEMET Yves. « Existe-t-il une « catégorie » d'agents publics contractuels de l'administration ? (Sur le degré d'originalité du recrutement par contrat dans la fonction publique) ». *AJDA*, 1977, pp. 614-618.

GAUDU François. « Le licenciement pour perte de confiance ». *Dr. Soc.*, 1992, p. 32.

GLASER Emmanuel. « Conclusions rendues à l'occasion de l'arrêt CE, 22 octobre 2004, *M. Lamblin*, n°245154 ». *RGCT*, 2005, n°33, pp. 106-116.

GLASER Emmanuel. « La porosité de la situation contractuelle d'un agent public : extraits des conclusions du commissaire du gouvernement. CE, 31 décembre 2008, n°283256, *M. Cavallo* ». *RLCT*, 2009, n°45, pp. 26-29.

GOURDON Jean-Loup. « Les contractuels devant la loi ». *CFPA*, 1989, n°70, p. 8.

GREVISSE Suzanne. « Conclusions sous l'arrêt CE ass., 8 juin 1973, Dame Peynet ». *Leb.*, pp. 406-421. p. 415.

GUILLAUME Emmanuel. « La réforme des postes et télécommunications : le passage du statut d'usager d'un service administratif à celui de client d'un service public industriel et commercial ». *RFDA*, 1991, p. 239.

HEAS Franck. « L'extension du droit du travail aux agents des collectivités territoriales ». *JCP S*, 2008, n°17, 1246.

HOUSER Matthieu. « Commentaire du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires ». *RLCT*, 2013, n°95, pp.16-19.

JEAMMEAUD Antoine. « La centralité retrouvée du contrat de travail en droit français », in *Estudios juridico en homenaje al Doctor Nestor de Buen Lozano*. U.N.A.M, 2003, p. 2.

JEAN-PIERRE Didier. « La privatisation du droit de la fonction publique ». *JCP A*, 2003, n°29, p. 973.

JEAN-PIERRE Didier. « Commentaire de l'arrêt CE, 22 novembre 2002, *Mura*, n°232367 ». *JCP A*, 2003, n°6, 1119, p. 148.

JEAN-PIERRE Didier. « Les contrats à durée indéterminée de droit public dans la fonction publique territoriale ». *JCP A*, 2003, n°13, 1308.

JEAN-PIERRE Didier. « Les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales ». *JCP A*, 2004, n°28, p. 956.

JEAN-PIERRE Didier. « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 ». *JCP A*, 2005, n°35, 1306.

JEAN-PIERRE Didier. « Les contrats de Pacte dans la fonction publique : du pré-recrutement à la titularisation ». *JCP A*, 2005, n°39, 1325.

JEAN-PIERRE Didier. « Errances de la vie privée et poursuites disciplinaires ». *JCP A*, 2006, n°50, 1302.

JEAN-PIERRE Didier. « De l'arrêt « Cadot » au principe de parité ». *IAJ*, 2009, n°10, pp. 4-12.

JEAN-PIERRE Didier. « La rénovation du dialogue social dans la fonction publique ». *JCP A*, 2010, n°38, 2284.

JEAN-PIERRE Didier. « Libres propos ». *RLCT*, 2010, pp. 99–101.

JEAN-PIERRE Didier. « Le rapport de l'Inspection générale de l'administration sur les « reçus-collés » aux concours de la fonction publique territoriale : des propositions mais pas de véritables solutions ». *JCP A*, 18 juin 2012, n°24, act. 407.

JEGOUZO Yves. « Les trente ans de la décentralisation ». *AJDA*, 2012, p. 457.

KERBOURC'H Jean-Yves. « Qu'est-ce qu'un emploi aidé ? ». *RDSS*, 2006, p. 640.

KINTZ Patrick. « Le contrôle du licenciement d'un agent contractuel, conclusions sur TA Strasbourg, 9 mai 1985, *Mme Maryse Planel contre Chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg et de Bas-Rhin* ». *RFDA*, 1989, n°1, pp. 81-84.

LAGUERRE Alain. « La recherche de financements mixtes pour la réalisation des équipements publics ». *AJCT*, 2012, p. 487.

LAIDIE Yan. « La perte de confiance peut-elle justifier la rupture des liens unissant un agent à son administration ? ». *AJFP*, 2006, p. 94.

LARZUL Tanneguy. « Droit communautaire et fonction publique ». *AJDA*, 1996, p. 28.

LE GRAND Robert. « L'interprétation jurisprudentielle du statut national du personnel des industries électriques et gazières ». *CJEG*, 1970, n°241, pp. 73–80.

LE PORS Anicet. « Quel avenir pour le statut ? ». *CFP*, 2013, n°329, pp. 37-39.

LECLERC Olivier. « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail ». *Dr. Soc.*, 2005, p. 173.

LEKEUFACK Charles Michel. « Essai d'un modèle européen de fonction publique ». *AJFP*, 2009, p. 275

LEMOYNE DE FORGES Jean-Michel. « Exigences communautaires et exigences managériales se rejoignent-elles ? ». *AJDA*, 2003, p. 1919.

LIEBER Sophie-Justine, BOTTEGHI Damien. « Le retour du fonctionnaire contractuel ? ». *AJDA*, 2009, p. 144.

LUPPI Philippe. « L'unité du pouvoir réglementaire du Premier ministre et son caractère *ab initio* ». *AJDA*, 2007, n°30, p. 1643.

MACAIRE Sophie. « Note sur l'arrêt CE, 31 décembre 2008, *Cavallo*, n°283256 ». *BJCL*, 2009, n°6, pp. 365-372. p. 365.

MADIOT Yves. « Note sous CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Écologie* ». *RFDA*, 1997, n°2, p. 343.

MAISI Herbert. « Droit des télécommunications : les transformations récentes ». *AJDA*, 1997, p. 212.

MARC Emmanuelle, STRUILLOU Yves. « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles ». *DA*, 2010, n°11, étude 20.

MATHIEU Bernard. « Note sous l'arrêt CE, 17 janvier 1996, *Mme Thoury*, n°152713 ». *AJFP*, 1996, n°1, p. 46.

MATHIEU Bertrand. « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative ». *Pouvoirs*, 2005, n°114, pp. 73-87.

MAUGUE Christine. « Conclusions sur Conseil d'État, Section, 17 mars 1997, *Syndicat des médecins d'Aix et région, Fédération française des médecins généralistes* ». *RFDA*, 1997, n°6, p. 1139.

MEKHANTAR Joël. « Commentaire du jugement TA Rennes, 23 juillet 1997, *Mme G. contre Lycée professionnel de Pontivy*, n°92803 ». *AJFP*, 1998, n°2, pp. 49-50.

MEKHANTAR Joël. « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques ». *AJFP*, 2000, n°6, p. 21.

MEKHANTAR Joël. « Responsabilité d'une commune pour non-respect du Code du travail. Commentaire du jugement TA Rennes, 22 novembre 2000, *Mlle Le Dily*, n°992168 ». *AJFP*, 2001, n°4, p. 33.

MELLERAY Fabrice. « Fonction publique et service public : le cas de France Télécom ». *AJDA*, 2003, p. 2078.

MELLERAY Fabrice. « « On instaure une discrimination positive valorisant l'échec » ». *AJDA*, 2005, p. 60.

MELLERAY Fabrice. « L'impact des lois du 26 juillet sur les équilibres de la fonction publique ». *AJFP*, 2005, p. 225.

MELLERAY Fabrice. « Que faire du contrat irrégulier de recrutement d'un agent public ? ». *JCP A*, n°11, 9 mars 2009, 2062.

MONDOU Christophe. « Commentaire de l'arrêt CE, 22 octobre 2004, *M. Lamblin*, n°245154 ». *RGCT*, 2004, n°33, pp. 117-126.

- MONTECLER Marie-Christine de. « Les derniers des Mohicans ? ». *AJDA*, 2005, p. 1425.
- MOREAU Jacques. « Les « matières contractuelles » ». *AJDA*, 1998, p. 747.
- MOULIN Claire. « Le droit de retrait, principe général du droit du travail ? Conclusions sous TA Besançon, 10 octobre 1996, *Glory* ». *Dr. Soc.*, 1996, n°12, p. 1034.
- MULLER-QUOY Isabelle. « Le « PACTE » : une voie contractuelle d'intégration à la fonction publique ». *AJFP*, 2007, p. 129.
- OGER Benoît. « Les mutations de La Poste de 1792 à 1990, entre ruptures et continuités ». *Flux*, 2000, n°42, pp. 7-21.
- PAPIN Jean-Philippe. « Le statut du personnel des industries électriques et gazières, ses origines, ses fondements et sa portée ». *CJEG*, 2000, n°564, pp. 135-147.
- PASTOR Jean-Marc. « Prime de fonctions et de résultats pour les fonctionnaires territoriaux ». *AJCT*, 2010, n°4, p. 95.
- PASTOR Jean-Marc. « La nouvelle heure de la décentralisation ». *AJCT*, 2012, p. 273.
- POCHARD Marcel. « Conclusions sur l'arrêt CE, 11 mars 1992, *Commune de Blagnac*, n°122392 ». *AJDA*, 1992, p. 522.
- POCHARD Marcel. « Les agents contractuels ou la mauvaise conscience de la fonction publique ». *CFPA*, 2002, n°213, pp. 3-7.
- POCHARD Marcel. « La place donnée au contrat dans l'organisation de la fonction publique ». *AJDA*, 2003, n°19, p. 991.
- POCHARD Marcel. « Le grand retour des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique ». *AJDA*, 2005, p. 401.
- PRUGNAUD Laurent. « Le statut du personnel des entreprises de production, de transport et de distribution d'électricité et de gaz ». *CJEG*, 1987, n°423, pp. 665-684.
- PUISOYE Jacques. « Situation juridique des agents des services publics recrutés par contrat ». *AJDA*, 1960, pp. 572-576.
- QUINQUETON Patrick, MEKHANTAR Joël. « L'employeur territorial et les contrats aidés ». *AJFP*, 2007, p. 271.
- RAYNAUD Philippe. « L'emploi public est tiré par la fonction publique territoriale ». *Économie et statistique*, 2003, n°369-370, pp. 75-92.
- REHFELDT Udo, VINCENT Catherine. « Négociateur dans les services publics : dimensions procédurales et stratégiques ». *Revue de l'IREs*, 2004, n°45, p. 14.
- RENARD Pierre. « Les agents non titulaires des collectivités locales ». *AJFP*, 1997, n°2, p. 45.
- REY Jean-Louis. « Conclusions rendues à l'occasion de l'arrêt CAA Bordeaux, 16 mars 2004, *Commune de Penne d'Agenais*, n°00BX00711 ». *Droit ouvrier*, 2004, p. 28.
- RIBOT Catherine. « Les mesures prises en considération de la personne dans le contentieux de la fonction publique ». *RDP*, 1996, p. 143.
- RICHARD Jacky. « Le métier est-il soluble dans le statut général ? ». *CFP*, 2013, n°329, pp. 34-36.
- ROY-LOUSTAUNAU Claude. « La lutte contre la précarité des emplois : une réforme du CDD, discrète mais non sans importance ». *Dr. Soc.*, 2002, p. 304.

SAINT-JOURS Yves. « De l'application de l'article L122-12 alinéa 2 du code du travail en cas de modification du mode de gestion publique ou privée d'un service public ». *JCP E*, 1986, I, n°15354, p.159.

SAUTEREAU Nicolas. « Vers un dialogue social rénové dans la fonction publique ? ». *AJFP*, 2011, n°2, p. 93.

SAVATIER Jean. « Les minima de salaire ». *Dr. Soc.*, 1997, p. 575.

STAHL Jacques-Henri, CHAUVAUX Didier. « Les personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public administratif sont des agents contractuels de droit public, quel que soit leur emploi. Commentaire de l'arrêt TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres contre conseil des prud'hommes*, dite *Berkani*, requête n°03000 ». *AJDA*, 1996, p. 355.

STAHL Jacques-Henri. « Conclusions sur Conseil d'État, Section, 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux* ». *RFDA*, 1999, p. 128.

SWEENEY Morgan. « Droit du travail et des fonctions publiques : vers une hybridation ? ». *RLCT*, 2012, n°81, pp. 77-81.

TAILLEFAIT Antony. « Le recours aux entreprises de travail temporaire par les collectivités territoriales ». *AJCT*, 2010, p. 23.

TAILLEFAIT Anthony. « Services postaux ». *JCL A*, 15 janvier 2011, 151.

THOUVENIN Raymond. « De la ferme royale à la régie postale 1789-1799 ». *Juris PTT*, 1990, n°20, pp. 1 et suivantes.

TOUZEIL-DIVINA Mathieu. « L'article L. 122-12 du code du travail confronté au droit public ». *AJFP*, 2006, p. 172.

TOUZEIL-DIVINA Mathieu. « « Travailleurs » ou « privatisation » des fonctions publiques ? ». *AJFP*, 2010, p. 228.

VERDIER Jean-Michel. « Du contrat au statut et du droit individuel aux libertés publiques ». *JCP*, 1971, I., 2422.

VIDON Benoît. « Un nouvel horizon pour l'agent contractuel ». *RLCT*, 2006, n°15, pp. 56-59.

VIEVILLE Sébastien. « Indemnisation des jours de congés non pris à l'extinction de la relation de travail. Conclusions rendues sur le jugement TA Orléans, 7 janvier 2014, *Madame Mangin*, n°1201232 ». *AJDA*, 2014, n°20, p. 1158.

VULBEAU Alain. « Les contrats aidés, entre complexité et précarité ». *Informations sociales*, 2007, 6, n°142, pp. 75-76.

WAQUET Philippe. « Le renouveau du contrat de travail ». *RJS*, 5/99, p. 383.

WILLMANN Christophe. « Les aides juridiques accordées au titre des politiques publiques de l'emploi ». *RDSS*, 2006, p. 624.

ZAPATA Francis. « Le juge administratif et l'application du Code du travail aux personnels du secteur public ». *Dr. Soc.*, 1996, juillet-août, pp. 697-704. Cité par : MEKHANTAR Joël. « Les principes généraux du droit du travail dans les fonctions publiques ». *AJFP*, 2000, n°6, p. 21.

DIRECTIVES, TRAITE ET CONSTITUTION :

DIRECTIVES :

Directive n°77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements. *JOCE*, n°L061, 5 mars 1977, pp. 26–28.

Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail. *JOCE*, 18 octobre 1991, p. 32.

Directive n°1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée. *JOCE*, n°L175, 10 juillet 1999, p. 43.

Directive n°2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. *JOCE*, n°L303, 2 décembre 2000, pp. 16-22.

Directive 2001/23/CE du Conseil 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. *JOCE*, n°L082, 22 mars 2001, pp. 16–20.

Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. *JOUE*, n°L299, 18 novembre 2003, p. 9.

TRAITE ET CONSTITUTION :

Constitution du 22 frimaire an VIII, 13 décembre 1799. Le régime de responsabilité des fonctionnaires est déterminé par le titre VI (« *de la responsabilité des fonctionnaires publics* »). [EN LIGNE] Disponible sur : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-22-frimaire-an-viii.5087.html> (consulté le 29 janvier 2014)

Traité instituant la Communauté économique européenne, 1957. EUR-Lex n°11957E/TXT.

LOIS :

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. *JORF*, 30 juillet 1881, p. 4201.

Loi du 5 avril 1884 relative à l'organisation municipale. *JORF*, 6 avril 1884, p. 1557.

Loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz. *JORF*, 9 avril 1946, p. 2951.

Loi n°46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires. *JORF* n°0246, 20 octobre 1946, p. 8910.

Loi n°50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail. *JORF*, 12 février 1950, p. 1688.

Loi n°50-400 du 3 avril 1950 portant autorisation de transformation d'emplois et réforme de l'auxiliarat. *JORF*, 6 avril 1950, p. 3704.

Loi n°52-432 du 28 avril 1952 portant statut général du personnel des communes et des établissements publics communaux.

Loi n°70-7 du 2 janvier 1970 portant réforme du salaire minimum garanti et création d'un salaire minimum de croissance. *JORF*, 4 janvier 1970, p. 141.

Loi n°79-11 du 3 janvier 1979 relative au contrat de travail à durée déterminée. *JORF*, 4 janvier 1979, p. 20.

Loi n°79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. *JORF*, 12 juillet 1979, p. 1711.

Loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. *JORF*, 3 mars 1982, p. 730.

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, p. 2270.

Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3^e loi Auroux). *JORF*, 14 novembre 1982, p. 3414.

Loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les départements, les régions et l'État. *JORF*, 9 janvier 1983, p. 215.

Loi n°83-481 du 11 juin 1983 définissant les conditions dans lesquelles doivent être pourvus les emplois civils permanents de l'état et de ses établissements publics et autorisant l'intégration des agents non titulaires occupant de tels emplois. *JORF*, 14 juin 1983, p. 1783.

Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. *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, p. 441.

Loi n°86-33 du 9 janvier 1986 dite Le Pors portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière. *JORF*, 11 janvier 1986, p. 535.

Loi n°87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés. *JORF*, 12 juillet 1987, p. 7822.

Loi n°87-529 du 13 juillet 1987 dite Galland modifiant les dispositions relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 16 juillet 1987, p. 7918.

Loi n°90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications. *JORF*, 8 juillet 1990, n°157, p. 8069.

Loi n°91-73 du 18 janvier 1991 portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales. *JORF*, 20 janvier 1991, n°18, p. 1048.

Loi n°92-642 du 12 juillet 1992 relative aux assistants maternels et assistantes maternelles et modifiant le code de la famille et de l'aide sociale, le code de la santé publique et le code du travail. *JORF*, 14 juillet 1992, p. 9447.

Loi n°93-1313 du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle. *JORF*, 21 décembre 1993, p. 17769.

Loi n°95-116 du 4 février 1995 portant diverses dispositions d'ordre social. *JORF*, 5 février 1995, p. 1992.

Loi n°96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom. *JORF*, 27 juillet 1996, n°174, p. 11398

Loi n°96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire, dite « loi Perben ». *JORF*, 17 décembre 1996, n°0293, p. 18512.

Loi n°98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. *JORF*, 14 juin 1998, n°136, p. 9029.

Loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. *JORF*, 13 avril 2000, p. 5646.

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, dite « Loi Sapin ». *JORF*, 4 janvier 2001, p. 96.

Loi organique n°2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances. *JORF*, 2 août 2001, n°177, p. 12480.

Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations. *JORF*, 17 novembre 2001, n°267, p. 18311.

Loi n°2002-6 du 4 janvier 2002 relative à la création d'établissements publics de coopération culturelle. *JORF*, 5 janvier 2002, p. 309.

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.

Loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom. *JORF*, 1^{er} janvier 2004, n°1, p. 9.

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°2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières. *JORF*, 11 août 2004, n°185, p. 14256.

Loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. *JORF*, 17 août 2004, p. 14545.

Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. *JORF*, 12 février 2005, p. 2353.

Loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique. *JORF*, 27 juillet 2005, 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°2007-209 du 19 février 2007 relative à la fonction publique territoriale. *JORF*, 21 février 2007, p. 3041.

Loi n°2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative). *JORF*, 22 janvier 2008, p. 1122.

Loi n°2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique. *JORF*, 06 août 2009, p. 13116.

Loi n°2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales. *JORF*, 10 février 2010, n°0034, p. 2321.

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°2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel. *JORF*, 7 août 2012, n°0182, p. 12921.

Loi n°2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013. *JORF*, 18 décembre 2012, n°0294, p. 19821.

Loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles. *JORF*, 28 janvier 2014, n°0023, p. 1562.

Loi n°2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale. *JORF*, 6 mars 2014, n°0055, p. 4848.

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.

Loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté. *JORF*, 28 janvier 2017, n°0024, texte n°1. Article 162.

ARRÊTES, DÉCRETS ET ORDONNANCES :

ARRÊTES :

Arrêté du 9 octobre 2009 portant extension de la prime de fonctions et de résultats au corps des administrateurs civils et fixant les montants de référence de cette prime. *JORF*, 11 octobre 2009, n°0236.

Arrêté du 9 février 2011 fixant les corps et emplois bénéficiant de la prime de fonctions et de résultats. *JORF*, 19 février 2011, n°0042.

DÉCRETS :

Décret n°65-528 du 29 juin 1965 relatif à la titularisation dans les corps de fonctionnaires de la catégorie D d'agents de l'état recrutés en qualité d'auxiliaires. *JORF*, 6 juillet 1965, p. 5707.

Décret n°76-307 du 8 avril 1976 relatif à la titularisation dans les corps de fonctionnaires de la catégorie D d'agents auxiliaires de l'état. *JORF*, 9 avril 1976, p. 2164.

Décret n°85-1461 du 30 décembre 1985 fixant le statut particulier des chargés de mission de la recherche du Centre national de la recherche scientifique. *JORF*, 31 décembre 1985, p. 15687.

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°87-1004 du 16 décembre 1987 relatif aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales. *JORF*, 17 décembre 1987, p. 14688.

Décret n°87-1099 du 30 décembre 1987 portant statut particulier du cadre d'emplois des attaches territoriaux. *JORF*, 31 décembre 1987, p. 15689.

Décret n°88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'article 136 de la loi n°84-53 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°88-545 du 6 mai 1988 relatif au recrutement direct dans certains emplois de la fonction publique territoriale, en application de l'article 47 de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 7 mai 1988, p. 6391.

Décret n°89-677 du 18 septembre 1989 relatif à la procédure disciplinaire applicable aux fonctionnaires territoriaux. *JORF*, 19 septembre 1989, p. 11818.

Décret n°91-155 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n°86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière. *JORF*, 9 février 1991, n°35, p. 2058.

Décret n°91-298 du 20 mars 1991 portant dispositions statutaires applicables aux fonctionnaires territoriaux nommés dans des emplois permanents à temps non complet. *JORF*, 22 mars 1991, n°70, p. 3984.

Décret n°91-769 du 2 août 1991 instituant une indemnité différentielle en faveur de certains personnels civils et militaires de l'État, des personnels des collectivités territoriales et des établissements publics d'hospitalisation. *JORF*, 9 août 1991, n°185, p. 10573.

Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat. *JORF*, 28 novembre 1991, n°0277, p. 15502.

Décret n°92-1194 du 4 novembre 1992 fixant les dispositions communes applicables aux fonctionnaires stagiaires de la fonction publique territoriale. *JORF*, 8 novembre 1992, n°261, p. 15454.

Décret n°93-863 du 18 juin 1993 relatif aux conditions de mise en œuvre de la nouvelle bonification indiciaire dans la fonction publique territoriale. *JORF*, 25 juin 1993, n°145, p. 8979.

Décret n°95-680 du 9 mai 1995 modifiant le décret n°82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail, ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique. *JORF*, 11 mai 1995, n°110, p. 7794.

Décret n°98-1106 du 8 décembre 1998 relatif à la protection sociale des fonctionnaires et des agents non titulaires de la fonction publique territoriale. *JORF*, 9 décembre 1998, n°285, p. 18533.

Décret n°2000-542 du 16 juin 2000 modifiant le décret n°85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale. *JORF*, 20 juin 2000, n°141, p. 9249.

Décret n°2000-663 du 13 juillet 2000 portant création de l'Observatoire de l'emploi public. *JORF*, 14 juillet 2000, n°162, p. 10867.

Décret n°2000-733 du 31 juillet 2000 fixant les dispositions applicables à la titularisation de personnels contractuels régis par le décret n°78-210 du 28 février 1978 relatif au statut des personnels contractuels techniques et administratifs affectés à la recherche au ministère de la culture et de l'environnement. *JORF*, 3 août 2000, n°178, p. 12021.

Décret n°2000-815 du 25 août 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'État. *JORF*, 29 août 2000, n°199, p. 13301.

Décret n°2002-60 du 14 janvier 2002 relatif aux indemnités horaires pour travaux supplémentaires. *JORF*, 15 janvier 2002, n°12, p. 838.

Décret n°2002-61 du 14 janvier 2002 relatif à l'indemnité d'administration et de technicité. *JORF*, 15 janvier 2002, n°12, p. 839.

Décret n°2002-62 du 14 janvier 2002 relatif à l'indemnité forfaitaire pour travaux supplémentaires des administrations centrales. *JORF*, 15 janvier 2002, n°12, p. 840.

Décret n°2004-878 du 26 août 2004 relatif au compte épargne-temps dans la fonction publique territoriale. *JORF*, 28 août 2004, n°200, p. 15442.

Décret n°2005-904 du 2 août 2005 pris pour l'application de l'article 38 bis de la loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale. *JORF*, 4 août 2005, n°180, p. 12762.

Décret n°2007-1845 du 26 décembre 2007 relatif à la formation professionnelle tout au long de la vie des agents de la fonction publique territoriale. *JORF*, 29 décembre 2007, n°0302, texte n°22.

Décret n°2008-1533 du 22 décembre 2008 relatif à la prime de fonctions et de résultats. *JORF*, 31 décembre 2008, n°0304.

Décret n°2009-1411 du 17 novembre 2009 relatif aux emplois de direction des mairies d'arrondissement et de groupe d'arrondissements des communes de Lyon et de Marseille. *JORF*, 19 novembre 2009, n°0268, texte n°11.

Décret n°2010-531 du 20 mai 2010 modifiant certaines dispositions relatives au compte épargne-temps dans la fonction publique territoriale. *JORF*, 22 mai 2010, n°0117, texte n°17.

Décret n°2011-1139 du 21 septembre 2011 portant statut particulier du corps des techniciens supérieurs de la météorologie. *JORF*, 23 septembre 2011, n°0221, p. 15908.

Décret n°2012-1293 du 22 novembre 2012 pris pour l'application du chapitre II du titre Ier 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*, 24 novembre 2012, n°0274, texte n°11.

Décret n°2014-513 du 20 mai 2014 portant création d'un régime indemnitaire tenant compte des fonctions, des sujétions, de l'expertise et de l'engagement professionnel dans la fonction publique de l'État. *JORF*, 22 mai 2014, n°0118, texte n°46.

Décret n°2014-1120 du 2 octobre 2014 relatif aux modalités d'alimentation et de mobilisation du compte personnel de formation. *JORF*, 4 octobre 2014, n°0230, p. 16192.

Décret n°2014-1526 du 16 décembre 2014 relatif à l'appréciation de la valeur professionnelle des fonctionnaires territoriaux. *JORF*, 18 décembre 2014, n°0292.

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.

ORDONNANCES :

Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental.

Ordonnance n°45-1006 du 21 mai 1945 relative à la titularisation des employés auxiliaires temporaires de l'état. *JORF*, 22 mai 1945, p. 2882.

Ordonnance n°58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État. *JORF*, 29 novembre 1958, p. 10687.

Ordonnance n°82-130 du 5 février 1982 modifiant les dispositions du code du travail relatives au contrat de travail à durée déterminée ainsi qu'à certaines dispositions du code civil. *JORF*, 6 février 1982, p. 482.

Ordonnance n°86-948 du 11 août 1986 modifiant les dispositions du code du travail relatives au contrat à durée déterminée, au travail temporaire et au travail à temps partiel. *JORF*, 12 août 1986, p. 9906.

Ordonnance n°2005-901 du 2 août 2005 relative aux conditions d'âge dans la fonction publique et instituant un nouveau parcours d'accès aux carrières de la fonction publique territoriale, de la fonction publique hospitalière et de la fonction publique de l'État. *JORF*, 3 août 2005, n°179, p. 12720.

Ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative). *JORF*, 13 mars 2007, p. 4740.

Ordonnance n°2009-325 du 25 mars 2009 relative à la création de l'Agence de services et de paiement et de l'Établissement national des produits de l'agriculture et de la mer. *JORF*, 27 mars 2009, n°0073, p. 5467.

Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. *JORF*, 24 juillet 2015, n°0169, p. 12602.

Ordonnance n°2017-53 du 19 janvier 2017 portant diverses dispositions relatives au compte

personnel d'activité, à la formation et à la santé et la sécurité au travail dans la fonction publique. *JORF*, 20 janvier 2017, n°0017, texte n°43.

CIRCULAIRES :

Circulaire du 25 août 1950 relative au salaire minimum interprofessionnel garanti. *JORF*, 26 août 1950, p. 9150.

Circulaire n°10-014297-D du 27 septembre 2010 relative à la prime de fonctions et de résultats dans la fonction publique territoriale. NOR : IOCB1024676C.

Circulaire DGEFP/DGAFP/DGCL/DGOS/Direction du budget du 21 février 2011 relative à l'indemnisation du chômage des agents du secteur public. NOR : BCRF1033362C.

RÉPONSES MINISTÉRIELLES :

Rép. min. à la QE n°20766. *JOS (Q.)*, 13 août 1992, p. 1889.

Rép. min. à la QE n°26505. *JOAN (Q.)*, 23 mars 2004, p.2323.

Rép. min. à la QE n°9180. *JOS (Q.)*, 6 janvier 2005, p. 29.

Rép. min. à la QE n°26124. *JOS (Q.)*, 29 mars 2007, p. 693.

CONVENTIONS COLLECTIVES :

Convention collective nationale des avocats et de leur personnel du 20 février 1979. *JONC*, 9 janvier 1980.

Convention collective nationale des organismes de formation du 10 juin 1988 en vigueur le 1^{er} juillet 1989 étendue par arrêté du 16 mars 1989. *JORF*, 29 mars 1989.

Convention collective nationale des casinos du 29 mars 2002. Étendue par arrêté du 2 avril 2003. *JORF*, 29 avril 2003.

JURISPRUDENCE :

JURISPRUDENCE EUROPÉENNE :

CJCE, 17 décembre 1980, *Commission contre Belgique*, n°149/79. *Rec.*, p. 3881.

CJCE, 26 septembre 2000, *Didier Mayeur et Association promotion de l'information messine (APIM)*, C-175/99, § 33. *RJS*, 1/01, n°138. *Droit du travail et de la sécurité sociale*, 1^{er} décembre 2000, n°12, note PH Antonmattei.

CJCE, 11 novembre 2004, *Mme Delahaye contre Ministre de la fonction publique (Luxembourg)*, n°C-452/02.

CJCE, 20 janvier 2009, *G. Schultz-Hoff*, n°C-350/06 et C-520/06.

JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE :

Cons. Const., 20 janvier 1984, n°83-168 DC. *JORF*, 21 janvier 1984. *Rec.*, 1984, I, p. 180.

Cons. Const., 20 juillet 1988, n°88-244 DC. *Dr. Soc.*, 1988, p. 762.

Cons. Const., 22 janvier 1990, n°89-269 DC. *JORF*, 24 janvier 1990, p. 972. *Rec.*, p. 33.

Cons. Const., 23 juillet 1996, n°96 380 DC. *JORF*, 27 juillet 1996, p. 11408.

Cons. Const., 12 octobre 2012, n°2012-281 QPC. *JORF*, 13 octobre 2012, p. 16034. *Rec.*, p. 536.

Cons. Const., 14 décembre 2006, n°2006-544 DC. *JORF*, 22 décembre 2006, p. 19356. *Rec.*, p. 129.

TRIBUNAL DES CONFLITS :

TC, 27 décembre 1879, *Guidet*. *Sirey*, 1881, 3.76.

TC, 22 janvier 1921, *Société Bac d'Eloka*, n°00706.

TC, 15 janvier 1938, *Eric de Mare*. *Leb.*, p. 1001.

TC, 13 juin 1955, *Bechmann contre Ministre de la construction*. *Leb.*, p. 619.

TC, 25 mars 1957, *Hospices du Puy contre Sieur de la Pénelle*. *Leb.*, p. 817. *AJDA*, 1957, n°2, p. 284.

TC, 13 janvier 1958, *Chardon*. *Leb.*, p.789. *AJDA*, 1958, n°2, p. 182.

TC, 23 novembre 1959, *Bruneaux*. *ADJA*, 1960, n°2, p. 101.

TC, 23 novembre 1959, *Santelli*. *AJDA*, 1969, n°2, p. 101.

TC, 25 novembre 1963, *Dame veuve Mazerand contre Commune de Jonquières*. *Leb.*, p. 79.

TC, 24 juin 1968, *Ursot*.

TC, 22 novembre 1993, *Matisse*, n°02876.

TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône et autres contre conseil des prud'hommes, dite Berkani*, n°03000. *Leb.*, p. 536. *AJDA*, 1996, p. 355, chron. J.H. Stahl et D. Chauvaux. *CJEG*, 1997, p. 35, note J.F. Lachaume. *D.*, 1996, p. 598, note Y. Saint-Jours. *AJFP*, 1996, n°2, p. 4. *AJFP*, 1997, n°3, p.15, commentaire P. Boutelet. *DA*, 1996, n°319, obs. J.B. A. *Dr. Soc.*, 1996, p.735, obs. X. Prétot. *JCP*, 1996, n°22664, note

P. Moudoudou. *LPA*, 1997, n°7, note S. Alberelli-Francfort. *RFDA*, 1996, p.819, concl. P. Martin.

TC, 7 octobre 1996, *Préfet des Côtes-d'Armor*, n°03034. *CFP*, 1997, p. 19.

TC, 15 mars 1999, *Faulcon contre Commune de Châtellerault*, n°03097. *Dr. Soc.*, 1999, p. 673, concl. Jerry Sainte-Rose.

TC, 19 janvier 2004, *Madame Devun et autres contre Commune de Saint-Chamond*, n°3393. *AJDA*, 2004, n°8, p. 432, chronique F. Donnat et D. Casas. *RJEP*, 2004, notre TX Girardot. *Dr. Soc.*, 2004, p. 433, note A. Mazeaud. *Gaz. Pal.*, 8 août 2004, n°221, p. 4, note S. Macaire. *AJFP*, 2004, p. 118, note P. Journée.

TC, 26 juin 2004, *Commune de Saint Léger sur Roanne*, n°3415. *AJFP*, 2004, n°5, p.235.

JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE :

CONSEIL D'ÉTAT :

CE, 13 décembre 1889, *Cadot*, n°66145.

CE, 4 août 1905, *Martin*, n°14220.

CE, 7 août 1909, *Winkell*, n°37317. *Leb.*, p. 826 et 1296, concl. J. Tardieu. *RDP*, 1909, p. 494, note G. Jèze. *S.*, 1909, III, p. 145, note. M. Hauriou.

CE, 26 janvier 1923, *Robert de Lafrégeyre*, n°62529.

CE, 9 mars 1923, *Hardouin*. *RDP*, 1923, p. 239, concl. Rivet.

CE ass., 7 avril 1933, *Deberles*, n°04711.

CE, 9 novembre 1934, *Chambre de commerce de Tamatave*. *Leb.*, p. 1034.

CE, 22 octobre 1937, *Demoiselle Minaire et autres*. *Leb.*, 1937, p. 843, concl. Lagrange. *D.*, 1938, p. 349, concl. Lagrange, note Eisenmann. *RDP*, 1938, p. 121, note Jèze.

CE, 2 février 1945, *Lecte*. *Leb.*, p. 28.

CE, 30 mai 1945, *Dame Veuve Chapelier*. *Leb.*, p. 111.

CE, 20 décembre 1946, *Colonie de Madagascar contre sieur Revelonahina*. *Leb.*, p. 317.

CE, 24 janvier 1947, *Joly*. *Leb.*, p. 27.

CE, 5 mars 1947, *Champoiral*. *Leb.*, p. 93.

CE, 3 mars 1948, *James*. *Leb.*, p. 109.

CE, 9 juin 1948, *Cousin*. *Leb.*, p. 254.

CE, 1^{er} avril 1949, *Degat*. *Leb.*, p. 164.

CE, 9 novembre 1949, *Dumont*. *Leb.*, p. 466.

CE, 6 décembre 1950, *Dame Veuve Faure*. *Leb.*, p. 599.

CE, 25 juin 1952, *Marmignon*. *Leb.*, p. 331.

CE, 12 mai 1953, *Bing*. *Leb.*, p. 224.

CE, 5 mars 1954, *Demoiselle Soulier*. *RDP*, 1954, p. 844.

CE, 4 juin 1954, *Affortit*. *Leb.*, p. 342.

CE, 4 juin 1954, *Vingtain*. *Leb.*, p. 342.

CE, 22 octobre 1954, *Bourigeard*. *Leb.*, p. 548.

CE, 23 décembre 1955, *Dame de Fresquet*. *Leb.*, p. 605. *AJDA*, 1956 II, p. 44.

CE, 2 novembre 1956, *Maurisset*. *Leb.*, p. 412. *AJDA*, 1957, n°2, p. 43.

CE, 5 juillet 1957, *Dame Aknin*, n°38049. *Leb.*, p. 447.

CE, 5 juillet 1957, *Evrard*. *Leb.*, p. 446.

CE, 2 novembre 1957, *Bertault*. *Leb.*, p. 575.

CE, 3 janvier 1958, *Levrat*. *Leb.*, p. 2. *AJDA*, 1958, n°2, p. 157.

CE, 20 mars 1959, *Lauthier*. *Leb.*, p. 198.

CE sect., 17 avril 1959, *Abadie*. *Leb.*, p. 234.

CE, 8 juillet 1959, *Section de la Corrèze*. *Leb.*, p. 437.

CE, 4 mars 1964, *Dame Veuve Borderie*. *Leb.*, p. 157.

CE, 15 juillet 1964, *Melle Gontarbert*, n°57740. *Leb.*, p. 431.

CE ass., 8 juin 1973, *Dame Peynet*, n°80232. *Leb.*, p. 406. *Leb.*, pp. 406-421, concl. S. Grévisse. *AJDA*, 1973, p. 587, chron. Franc et Boyon ; *JCP*, 1975, II, 17957, note Saint-Jours.

CE, 31 octobre 1973, *Gille*. *Leb.*, p. 605.

CE, 18 octobre 1974, *Confédération nationale des auxiliaires médicaux*, n°88076. *Leb.*, p. 495.

CE, 11 mai 1977, *Syndicat national du personnel navigant de l'aéronautique*, n°98974.

CE, 8 décembre 1978, *GISTI*. *Leb.*, p. 493.

CE, 3 octobre 1979, *Nicolas*, n°12042. *Leb.*, p. 360.

CE, 18 janvier 1980, *Syndicat CFDT des postes et télécommunications du Haut Rhin*, n°07636.

CE sect. 14 novembre 1980, *Guilley*. *Leb.*, p. 430.

CE, 4 décembre 1981, *Desprès*. *Leb.*, tables p. 647.

CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse contre Madame Aragnou*, n°36851. *Leb.*, p. 152, concl. Labetoulle pp. 152-156. *AJDA*, 1982, p. 440, chron. F. Tiberghien et B. Lasserre, p. 443.

CE, 26 mai 1982, *Madame Calus*, n°12002.

CE, 3 novembre 1982, *Maison de retraite de Nueil-sur-Layon*, n°29140.

CE, 10 novembre 1982, n°21628.

CE, 10 juin 1983, *Ville de Béziers*. *Leb.*, p. 242. *DA*, 1983, n°10, n°371, p.4.

CE sect. 28 octobre 1983, *Administration générale de l'Assistance publique à Paris contre Limoges*, n°29142. *Leb.*, p. 438.

CE, 20 avril 1984, *Ministre du Budget contre Valton*, n°37772 et n°37774. *Leb.*, p. 148.

CE, 28 septembre 1984, *Melle Irgens*, n°41486. *Leb.*, tables, p. 669.

CE, 10 mai 1985, *Chambre de commerce et d'industrie de Paris contre Madame Renou*, n°50592.

CE, 1^{er} octobre 1986, *Lapierre*, n°58424. *AJDA*, 1987, p. 284, obs. S.S.

CE, avis, 7 octobre 1986, *secrétaire d'État auprès du ministre de l'Intérieur chargé des collectivités locales*, n°340609.

CE, 20 mars 1987, *Commune de Bonneval*, n°62553. *Leb.* p. 99. *AJDA*, 1987, p. 554, obs. X. Prétot.

CE, 23 décembre 1987, *Fédération des services départementaux et régionaux contre syndicats CGT-FO*, n°79958. *Leb.*, 1987, p. 775.

CE, 27 avril 1988, *Monod-Gayraud*, n°69154.

CE, 24 juin 1988, *Cazelles*, n°73094.

CE ass., 1^{er} juillet 1988, *Billard et Volle*, n°66405. *Leb.*, p. 268. *Dr. Soc.*, 1988, p. 775, concl. O. Van Ruymbeke.

CE, 30 septembre 1988, *Bonmartin*, n°70069. *Leb.*, 1988, p. 320. *AJDA*, 1988, p. 724, chronique M. Azibert et M. de Boisdeffre.

CE, 21 octobre 1988, *Commissaire de la République du département de la Somme*, n°64049.

CE, 27 janvier 1989, *CHR de Rambouillet*, n°74294. *AJDA*, 1989, p. 553, obs. Serge Salon.

CE, 28 avril 1989, *Duffaut contre Commune d'Avignon*, n°87045 et 87046.

CE, 11 octobre 1989, *TTAAF*, n°73785.

CE, 13 novembre 1989, *Ministre de l'Éducation Nationale contre Navarro*, n°73836.

CE, 14 mars 1990, *CCI de Strasbourg*, n°70400. *RFDA*, 1990, p. 445.

CE, 12 novembre 1990, *Malher*, n°42875. *Leb.*, p. 321. *AJDA*, 1991, p. 332, obs. M. Hecquard-Théron.

CE, 25 janvier 1991, *Ville de Marseille*, n°97015.

CE, 8 juillet 1991, *Commune d'Igny contre M. Frat*, n°81700. *RFDA*, 1992, p. 110, concl. M. Pochard.

CE, 11 mars 1992, *Commune de Blagnac*, n°122392. *AJDA*, 1992, p. 522, concl. M. Pochard.

CE, 13 avril 1992, *Union Syndicale Professionnelle des Policiers Municipaux contre Commune d'Asnières*, n°100969.

CE, 10 juin 1992, *Bureau d'aide sociale de Paris contre Mlle Huet*, n°108610.

CE, 8 janvier 1993, *Syndicat intercommunal « Opéra du Rhin »*, n°102346.

CE, 25 janvier 1993, *Madame Jancourt*, n°106830.

CE, 30 juin 1993, *Préfet de la région Martinique contre communes de Sainte-Marie du Robert*, n°120658, n°129984 et n°129985. *Leb.*, tables p. 856.

CE, avis, 18 novembre 1993, n°355255.

CE, 27 avril 1994, *Commune de Chartres contre Le Nouene*, n°106989. *Leb.*, tables p. 1016.

CE, 13 janvier 1995, *M. Granero*, n°147235.

CE, 5 mai 1995, *Centre hospitalier intercommunal de Fréjus-Saint-Raphael*, n°149948.

CE, 28 juillet 1995, *Delisle*, n°84029.

CE, 29 décembre 1995, *Préfet du Val d'Oise contre Commune de Bezons*, n°118654. *Leb.*, p. 476.

CE, 17 janvier 1996, *Mme Thoury*, n°152713. *AJFP*, 1996, n°1, p. 46, note B. Mathieu.

CE, 20 mars 1996, *OPHLM de la Communauté Urbaine du Mans*, n°152651.

CE, 10 juillet 1996, *Ville de Marseille*, n°119886.

CE, 25 septembre 1996, *Commune d'Asnières-sur-Seine*, n°135197.

CE, 4 octobre 1996, *Madame Moestus*, n°149704.

CE, 20 octobre 1996, *Département de l'Essonne*, n°137265.

CE, 15 janvier 1997, *Commune de Wattrelos*, n°152937.

CE, 5 mai 1997, *Mme Sacchiero*, n°150174.

CE, 16 juin 1997, *Centre Communal d'action sociale de la ville du Mans*, n°149088.

CE, 7 juillet 1997, *Service Départemental d'Incendie et de Secours de la Haute-Corse contre Préfet de la Haute-Corse*, n°153401.

CE, 17 octobre 1997, *Commune de Wattrelos*, n°152913.

CE, 14 novembre 1997, *Commune de Savigny-le-Temple*, n°167675.

CE, 8 avril 1998, *Izzo*, n°161959.

CE, 20 mai 1998, *Ramen*, n°168488. *AJFP*, 1998, n°6, p. 40.

CE sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n°149662. *RFDA*, 1999, pp. 128-146, concl. J.H. Stahl, note D. Pouyaud. *AJDA*, 1998, p. 1041 et 969-977, chron. Raynaud et Fombeur. *AJFP*, 1998, n°1, pp. 4-8, note P. Boutelet. *JCP*, 1999, II.10045, note V. Haïm. *LPA*, 1999, n°65, pp. 6-9, note M.C. Rouault.

CE, 25 novembre 1998, *Préfet de Corse contre Cianfarani*, n°151067. *AJDA*, 1998, p. 1047.

CE, 15 octobre 1999, *Ministre de l'Intérieur contre Commune de Savigny-le-Temple*, n°196548. *Leb.*, p. 309.

CE sect., 27 octobre 1999, *Bayeux*, n°178412. *Leb.*, p. 335. *CFPA*, 2000, p. 28, concl. J.-H. Stahl. *DA*, 1999, n°306.

CE, avis, 3 mai 2000, *Marteaux*, n°217017. *Leb.*, p. 169. *AJDA*, 2000, p. 673, chron. M. Guyomar et P. Colin. *Gaz. cnes*, 12 juin 2000, p. 68, concl. R. Schwartz. *RRJ*, 2001, p. 2107, note G. Armand. *DA*, 2000, comm. 189. *D.*, 2000, p. 747, note G. Koubi.

CE, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n°222208. *CJEG*, 2001, 58, note M. Degoffe, J.-D. Dreyfus.

CE, 29 décembre 2000, *Région Nord-Pas-de-Calais contre Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais*, n°171377.

CE, 4 avril 2001, *Delpech*, n°163087.

CE, 23 avril 2001, *Michel*, n°199152. *AJFP*, 2001, p. 53.

CE, 8 juin 2001, *Commune de Creutzwald*, n°181603.

CE, 1^{er} octobre 2001, *Commune de Bouc-Bel-Air*, n°215499.

CE, 30 septembre 2002, *Maison de retraite de Gorze*, n°216912.

CE, 2 octobre 2002, *Chambre de Commerce et d'Industrie de Meurthe-et-Moselle*, n°227868.

CE, 9 octobre 2002, *Féd. nat. Interco CFDT et Synd. CFDT Interco Pyrénées-Atlantiques*, n°238461. *AJFP*, 2003, n°1, p. 17.

CE, 22 novembre 2002, *Mura*, n°232367. *JCP A*, 2003, n°6, 1119, p. 148, comm. D. Jean-Pierre.

CE, 29 janvier 2003, *CHU de Montpellier*, n°227770.

CE, 26 mars 2003, *Syndicat national CGT de l'INSEE*, n°230011. *AJDA*, 2003, p. 1115, note G. Le Chatelier.

CE, 28 novembre 2003, *AP-HP*, n°236510.

CE, 17 décembre 2003, *Pierlot*, n°236036. *JCP A*, 2004, n°28, 1455, p. 953.

CE, 15 mars 2004, *Pinon*, n°255392. *JCP A*, 2004, 1354, note D. Jean-Pierre.

CE, 14 juin 2004, *Leplâtre*, n°25095. *Leb.*, p. 252. *AJDA*, 2004, p. 2225, note E. Aubin. *AJFP*, 2004, n°5, p. 277. *JCP A*, 1521, note D. Jean-Pierre. *JCP A*, 1528, chron. E. Glaser et F. Séners.

CE, 22 octobre 2004, *M. Lamblin*, n°245154. *AJDA*, 2004, p. 2153, chron. C. Landais, F. Lenica. *JCP A*, 2004, 1788, note D. Jean-Pierre. *AJFP*, 2005, n°1, pp. 20-21. *BJCL*, n°1/05, p. 37, concl. E. Glaser, note A. Robineau-Israël et M. Vialettes. *RFDA*, 2005, p. 187, concl. E. Glaser. *RFDA*, 2005, p. 1205, note G. Clamour. *RGCT*, 2004, n°33, pp. 106-116, concl. E. Glaser. *RGCT*, 2004, n°33, pp. 117-126, comm. C. Mondou. *RGCT*, 2004, n°33, pp. 127-132, comm. N. Etcheverry.

CE, 22 novembre 2004, *Ministre de l'Éducation Nationale contre Adam*, n°244515. *JCP A*, 2005, 1040.

CE sect., 3 décembre 2004, *Quinio*, n°260786. *Leb.*, 2004, p. 448. *RFDA*, 2005, n°2, p. 358, conclusions Y. Aguila.

CE, 29 décembre 2004, *Commune de Puimisson*, n°256057. *CTI*, 2005, n°2, comm. 23, comm. P. Bentolila.

CE, 4 avril 2005, *Commune de Reichshoffen*, n°258542 à 258545.

CE, 15 juin 2005, *Charles B.*, n°261691. *JCP A*, 2005, 1270, note D. Jean-Pierre.

CE, 14 octobre 2005, *Hôpitaux de Saint Denis*, n°248705.

CE, 10 février 2006, *Madame Camus*, n°264293. *JCP A*, 2006, 1115.

CE, 19 juin 2006, *Syndicat national unifié des impôts*, n°279877. *Dr. Soc.*, 2006, n°09-10, p. 890, concl. Y. Struillou. *Dr. Soc.*, 2006, n°09-10, p. 897, comm. P.-H. Antonmattei.

CE, 21 juin 2006, *Commune de la Faute-sur-Mer*, n°269880.

CE, 26 février 2007, *Commune de Menton*, n°295886.

CE, 14 mai 2007, *Caussade*, n°273244.

CE, 17 novembre 2008, *Centre hospitalier intercommunal Robert Ballanger*, n°306670.

CE, 31 décembre 2008, *Cavallo*, n°283256. *BJCL*, 2009, n°6, pp. 365-372, note S. Macaire. *RLCT*, 2009, n°45, pp. 19-25, concl. GLASER Emmanuel. *RFDA*, 2009, p. 89, concl. E. Glaser. *RLCT*, 2009, n°45, pp. 26-29, comm. MARC Emmanuelle. *AJFP*, 2009, p. 153, comm. G. Calley. *AJDA*, 2009, p. 5, note M.C. De Montecler. *AJDA*, 2009, p. 142, comm. S.J. Lièber et D. Botteghi. *DA*, 2009, n°3, comm. 41, comm. F. Melleray.

CE, 18 mai 2009, *Monsieur Algre*, n°315031.

CE, 14 octobre 2009, *Masson*, n°314722. *JCP A*, 26 octobre 2009, n°44, act. 1161.

CE, 30 décembre 2009, *Gouvernement Polynésie française*, n°324565. *Leb.*, 2009, tables, p. 796. *JCP A*, 2001, 2345, note D. Jean-Pierre.

CE sect., 29 janvier 2010, *Micheline O*, n°314148. *DA*, 2010, n°4, comm. 60, commentaire F. Melleray.

CE, 24 septembre 2010, *Girot de Langlade*, n°333708. *AJFP*, 2011, p. 46.

CE, 26 janvier 2011, *Assemblée Polynésie française*, n°329237.

CE, 23 décembre 2011, *Département du Nord*, n°334584. *AJDA*, 2012, p. 71, note MC. De Montecler.

CE, 30 janvier 2012, *Cousin*, n°342355.

CE, 30 mai 2012, *Mme Diollot*, n°343039. *AJDA*, 2012, p. 1087.

CE, 11 février 2013, *Mme Bakhtaoui*, n°347145. *AJDA*, 2013, p. 374, note MC de Montecler.

CE, 6 novembre 2013, *Département du Haut-Rhin*, n°366309.

CE, 4 avril 2014, *Département Tarn et Garonne*, n°358994. *Leb.*, p. 70. *BJCP*, 2014, 204, concl. Dacosta. *AJDA*, 2014, 1035, chron. Bretonneau-Lessi. *RJEP*, 2014, n°31, note Lafaix. *DA*, 2014, n°36, note Brenet.

COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL :

CAA Paris, 5 décembre 1989, *M. Jodelet*, n°89PA00958.

CAA Bordeaux, 25 juin 1991, *M. Amor Daklhi*, n°89BX01770.

CAA Nantes, 4 novembre 1992, *Trempu*, n°90NT00463.

CAA Nancy, 10 février 1994, *Syndicat intercommunal de l'Opéra du Rhin contre Mme Bierck-Briot*, n°92NC00601.

CAA Paris, 15 février 1996, *Mme Sib*, n°94PA00868.

CAA Nantes, 9 octobre 1996, *C.A.T de Savenay*, n°94NT00700.

CAA Nancy, 10 octobre 1996, *Mme Wurtz-Clementz*, n°94NC00628.

CAA Nancy, 2 avril 1997, *Commune de Genouilly*, n°94NC01710. *AJFP*, 1997, p. 48, obs. P. Boutelet.

CAA Paris, 3 mars 1998, *Département du Val de Marne*, n°95PA01549.

CAA Marseille, 4 juin 1998, *Union syndicale professionnelle des policiers municipaux*, n°96MA11707. *AJFP*, 1999, n°1, p.10, note J. Mekhantar.

CAA Nantes, 15 octobre 1998, *Ringotet*, n°95NT00008. *AJFP*, 1999, p. 50, comm. Joël Mekhantar.

CAA Paris, 9 mars 1999, *M. Dubois*, n°97PA00356.

CAA Paris, 9 mai 2001, *Ministre de l'intérieur contre Slujka*, n°99PA00217.

CAA Marseille, 11 décembre 2001, *Département du Gard*, n°98MA00718. *CMP*, 2002, n°4, comm. 93, comm. G. Eckert.

CAA Bordeaux, 12 juin 2002, *Commune de Saint-Denis*, n°97BX30716.

CAA Nantes, 28 juin 2002, *OPAC de Dreux contre Monsieur Leplâtre*, n°00NT1435. *AJFP*, 2003, n°2, p. 27, note P. Boutelet. *AJDA*, 2002, p. 1240.

CAA Nantes, 4 octobre 2002, *Commune de Saint-Jean-de-la-Ruelle*, n°00NT01556.

CAA Paris, 14 mai 2003, *Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, n°99PA02209.

CAA Nancy, 17 juin 2003, *Commune de Metz*, n°98NC00368.

CAA Bordeaux, 24 juin 2003, *Mme Piel*, n°00BX00730.

CAA Paris, 10 juillet 2003, *Commune de Fontainebleau*, n°02PA00906. *JCP A*, 2003, n°48, p. 1571, comm. A. Taillefait. *AJFP*, 2004, p. 48, comm. P. Boutelet.

CAA Lyon, 27 novembre 2003, *Nadjet Ben Abdallah*, n°03LY0192. *AJDA*, 2004, p. 154, note F. Melleray. *AJFP*, 2004, n°3, p. 88, obs. J. Mekhantar, comm. F. Lemaire.

CAA Douai, 2 décembre 2003, *Communauté urbaine de Lille*, n°01DA00943. *AJFP*, 2004, p. 163, concl. J. Michel.

CAA Douai, 2 décembre 2003, n°00DA00824.

CAA Bordeaux, 16 mars 2004, *Commune de Penne d'Agenais*, n°00BX00711. *Droit ouvrier*, 2004, p. 28, conclusions J.-L. Rey.

CAA Bordeaux, 14 septembre 2004, *Syndicat des agents Force Ouvrière du Département de Charente-Maritime*, n°01BX00629. *BJCL*, 2004, n°10, pp. 717-722, concl. J. L. Auby.

CAA Bordeaux, 25 octobre 2004, *SDIS de la Réunion*, n°01BX00012. *JCP A*, 2004, n°52, 1840.

CAA Douai, 14 décembre 2004, *Commune de Grand-Couronne*, n°02DA01006. *Coll. terr.*, mars 2005, p. 19, note Bentolila.

CAA Paris, 18 janvier 2005, *Région Île-de-France*, n°02PA01686. *CTI*, 2005, n°4, comm. 67, comm. P. Bentolila. *AJDA*, 2005, p. 854.

CAA Marseille, 24 mai 2005, *Cavallo*, n°01MA01884.

CAA Nancy, 2 juin 2005, *Commune de Forbach*, n°03NC00959. *CTI*, 2005, n°9, comm. 157, comm. P. Bentolila.

CAA Bordeaux, 23 juin 2005, n°02BX01107.

CAA Versailles, 13 octobre 2005, *C.*, n°04VE1190. *CTI*, 2005, n°12, comm. 218, comm. G. Pelissier.

CAA Versailles, 23 février 2006, *Rachida E. contre Commune de Guyancourt*, n°04VE03227. *JCP A*, 2006, 1165, chron. J. Grand d'Esnon.

CAA Marseille, 28 février 2006, n°02MA00703.

CAA Versailles, 8 mars 2006, *Marie-Paule C.*, n°04VE00424. *AJFP*, 2006, n°6, p. 150, note R. Fontier.

CAA Nancy, 13 avril 2006, *Commune de Betheny*, n°02NC01064.

CAA Nancy, 16 novembre 2006, *Communauté de communes de Verdun*, n°05NC00113. *RLCT*, 2007, n°21, pp. 37-38, obs. P. Tifine.

CAA Lyon, 19 décembre 2006, *Union Syndicale Professionnelle des Policiers Municipaux contre Commune de Saint-Fons*, n°02LY01463.

CAA Versailles, 14 juin 2007, *Département des Yvelines*, n°05VE01580.

CAA Paris, 25 septembre 2007, n°05PA04584.

CAA Versailles, 4 octobre 2007, n°05VE01741.

CAA Marseille, 8 février 2008, *Commune de Béziers*, n°05MA00030. *AJDA*, 2008, p. 1330, note M.-Ch. de Monteclerc. *AJFP*, septembre 2008, p. 257.

CAA Marseille, 4 mars 2008, *M. B.*, n°05MA03217.

CAA Douai, 19 février 2009, *Commune de Dunkerque*, n°08DA01126. *AJFP*, 2009, p. 258.

CAA Douai, 8 octobre 2009, *Département du Nord*, n°09DA00455.

CAA Versailles, 17 juin 2010, *Département de la Seine-Saint-Denis*, n°09VE00717.

CAA Marseille, 27 septembre 2011, *CHRU de Montpellier*, n°09MA02175. *AJDA*, 2011, p. 2112, chron. M. Lopa-Dufrénot.

CAA Versailles, 6 octobre 2011, *Adberahim*, n°09VE02048.

CAA Marseille, 20 décembre 2011, *Commune de La Ciotat*, n°07MA01441.

CAA Nancy, 22 octobre 2012, n°12NC00150. *AJDA*, 2013, p. 43, note M. Wiernasz.

CAA Douai, 21 mars 2013, n°11DA01394.

CAA Nantes, 6 juin 2013, *Office public de l'habitat d'Orléans*, n°12NT00291.

CAA Douai, 3 juillet 2013, *Commune de Lille*, n°12DA01781. *JCP A*, 2013, n°37, act. 730.

CAA Paris, 27 novembre 2013, *Ville de Paris*, n°03PA01312.

TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS :

TA Strasbourg, 9 mai 1985, *Mme Maryse Planel contre Chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg et de Bas-Rhin*. *RFDA*, 1989, n°1, pp.81-84, concl. P. Kintz.

TA Paris, 8 février 1990, *Préfet du Val de Marne contre syndicat intercommunal du centre informatique d'Orly*. *Leb.*, 1990, p. 816.

TA Châlons-en-Champagne, 19 mars 1996, *David*, n°93-743. *AJFP*, 1996, p. 53.

TA Besançon, 10 octobre 1996, *Glory. Dr. Soc.*, 1996, p. 1034, concl. Claire Moulin. *AFJP*, 1997, 39, note P. B. *LPA*, 23 juillet 1997, note Portet.

TA Lyon, 10 octobre 1996, *Préfet du Rhône contre Ville de Villeurbanne*, n°9502414 et n°9502416. *AFJP*, n°2, 1997, p. 51.

TA Rennes, 23 juillet 1997, *Mme G. contre Lycée professionnel de Pontivy*, n°92803. *AJFP*, 1998, n°2, pp. 49-50, comm. Joël Mekhantar.

TA Lille, 27 janvier 1998, *Préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, Préfet du Nord*, n°97-231. *AJFP*, 1998, p. 50, note P. Boutelet.

TA Versailles, 5 juin 1998, *Mme Beraudo contre Commune de Verneuil-sur-Seine*, n°946100 et n°953110.

TA Rennes, 22 novembre 2000, *Mlle Le Dily*, n°992168. *AJFP*, 2001, n°4, p. 33, comm. J. Mekhantar.

TA Dijon, 20 février 2003, *Société Jean Louis BERNARD Consultants contre District de l'Agglomération Dijonnaise*, n°99245. *RDI*, 2003, p. 462, note J-L. Dreyfus.

TA Amiens, 25 février 2003, n°00180.

TA Paris, 26 juin 2003, *Préfet Hauts-de-Seine*, n°0203886-5. *AJFP*, 2004, p. 132.

TA Nancy, 30 décembre 2005, *Syndicat SGEN-CFDT des travailleurs du CNRS*, n°0400410.

TA Amiens, 7 mars 2006, *Syndicat CGT-FO des personnels du département de la Somme et de la région Picardie*, n°0300830. *AJDA*, 2006, p. 1235.

TA Besançon, 4 octobre 2007, *Préfet du Jura*, n°0601847 et n°0601894. *AJFP*, 2008, p. 49.

TA Lille, 31 octobre 2007, *Département du Nord*, n°0701518.

JURISPRUDENCE JUDICIAIRE :

COUR DE CASSATION :

Cass. soc., 16 juin 1945. *Dr. Soc.*, 1946, 427, note P. Durand.

Cass. soc., 29 mars 1952. *JCP G*, 1952, 7166. *Bull. civ. IV*, n°293.

Cass. soc., 20 mars 1961. *Dr. Soc.*, 1961, 424, note J. Savatier.

Cass. soc., 19 juillet 1968. *Bull. civ. V*, n°401.

Cass. soc., 1^{er} décembre 1971, n°70-40472. *Bull. civ. V*, n°702.

Cass. soc., 8 novembre 1978, *Dame Lelieur contre Frery liquidateur de la piscine de la Dame Blanche*. *Bull. civ. V*, n°743.

Cass. soc., 30 juin 1983, *Dame Gaspard contre Ville de Vandoeuvre*. *Dr. Soc.*, 1984.91, note H. Blaise.

Cass. soc., 8 octobre 1987, *Raquin et Trappiez. D.*, 1988, 57, note Y. Saint-Jours. *Dr. Soc.*, 1988, 135, note J. Savatier. *Grands arrêts*, n°49. *Bull. civ. V*, n°541.

Cass. soc., 28 avril 1988, *Clavaud*, n°87-41804. *Dr. ouvrier*, 1988, 250, concl. H. Ecoutin, note A. Jeammaud et M. Le Friant.

Cass. soc., 23 mars 1989, n°86-40830. *Bull. civ. V*, p. 248.

Cass. soc., 24 octobre 1989, *Société clinique de Nouméa et autres contre Monsieur Rousseau*. *Bull. civ. V*, n°609.

Cass. soc., 9 janvier 1991, n°89-43918.

Cass. soc., 16 mai 1991, n°89-44.485.

Cass. soc., 20 novembre 1991, n°89-44605.

Cass. soc., 25 juin 1992, n°88-42498. *Dr. Soc.*, 1992, p. 818, note Y. Chauvy.

Cass. soc., 7 octobre 1992, *Monsieur Lazareff contre Mairie de Soulac*. *Bull. civ. V*, n°500.

Cass. soc., 7 octobre 1992, *SA Cie des eaux et de l'Ozone*. *Bull. civ. V*, n°499.

Cass. soc., 5 mai 1993, n°90-45.893.

Cass. soc., 10 novembre 1993, n°89-45472.

Cass. soc., 13 octobre 1994, n°92-12229. *D.*, 1994, p. 255.

Cass. soc., 17 janvier 1995, n°91-43438.

Cass. soc., 10 juillet 1996, n°93-41.137. *Bull. civ. V*, n°278. *Grands arrêts*, n°50.

Cass. soc., 13 novembre 1996, n°94-13187. *Dr. Soc.*, 1996, 067, note J.-J. Dupeyroux. *JCP E*, 1997, II, 911, note J. Barthélémy.

Cass. soc., 25 novembre 1997, n°94-42727. *RJS*, 1998, n°67.

Cass. soc., 28 janvier 1998, n°95-40.275. *Bull. civ. V*, n°40. *RJS*, 1998, n°274, p. 168, obs. E. Dockès.

Cass. soc., 20 octobre 1998, n°96-40.757. *Bull. civ. V*, n°431.

Cass. soc., 20 octobre 1998, n°96-42.296.

Cass. soc., 10 novembre 1998, n°96-42.776. *Bull. civ. V*, 1998, n°480.

Cass. soc., 16 décembre 1998, *Bull. civ. V*, n°558.

Cass. soc., 2 mars 1999, *SAFER de Corse contre Julian et autres*. *RJS*, 4/99, n°479.

Cass. soc., 14 décembre 1999, n°97-41995.

Cass. soc., 22 février 2000, n°97-44.339.

Cass. soc., 7 mars 2000, n°98-40232.

Cass. soc., 26 avril 2000, n°98-42643 à 98-42648. *D.*, 2000, n°21, p. 160.

Cass. soc., 11 juillet 2000, n°98-43240. *Bull. civ. V*, 2000, n°276 et 277. *RJS*, 2000, n°1155. *Dr. Soc.*, 2000, p. 1141, obs. J. Mouly. *JSL*, 2000, n°65, p. 11, note M. Hautefort. *Les cahiers sociaux du barreau de Paris*, 2000, A. 42, n°123, p. 699, obs. F.-J. Pansier. *TPS*, 2000, comm. 312.

Cass. soc., 23 janvier 2001, n°98-44.843, 98-45.287 et 98-45.318.

Cass. soc., 9 mai 2001, n°98-44090 et 98-46205. *Bull. civ. V*, 2001, n°153, p. 121.

Cass. soc., 19 juillet 2001, n°99-21536 et 99-20603. *Bull. civ. V*, n°285. *D.*, 2002, p. 28, note Y. Saint-Jours. *Dr. Soc.*, 2001, p. 1023, note X. Prétot.

Cass. soc., 25 juin 2002, *Association pour la garantie des salaires (AGS) de Paris contre Hamon*, n°01-43.500. *Bull. civ. V*, 2002, n°209. *AJDA*, 2002, p. 695, note S. Pugeault. *Dr. Soc.*, 2002, p. 1013, note A. Mazeaud. *JCP G*, 2002, II, 10171, note G. Clamour. *LPA*, 3 mars 2003, p. 13, note Mahinga.

Cass. soc., 5 février 2003, n°00-46068.

Cass. soc., 2 juin 2004, n°01-45906.

Cass. soc., 30 septembre 2004, n°02-44030.

Cass. soc., 11 octobre 2005, n°04-43024.

Cass. soc., 25 janvier 2006, n°04-44918.

Cass. soc., 28 avril 2006, n°03-44527.

Cass. soc., 27 septembre 2006, n°04-47663. *Bull. civ. V*, n°289.

Cass. soc., 18 octobre 2006, n°05-41.643.

Cass. soc., 9 janvier 2008, n°06-45.230.

Cass. soc., 13 février 2008, n°06-41500.

Cass. soc., 18 avril 2008, n°06-41.874, 06-41.875, 06-41.876 et 06-41.877.

Cass. crim., 6 mai 2008, n°06-82366. *Bull. crim.*, n°105.

Cass. soc., 24 septembre 2008, n°06-43530. *Bull. civ. V*, n°174.

Cass. soc., 11 mars 2009, n°07-43670.

Cass. soc., 16 septembre 2009, n°07-45346. *Bull. civ. V*, 2009, n°184. *JCP S*, 2009, 1532, note I. Beyneix.

Cass. soc., 15 décembre 2009, n°08-44222.

Cass. soc., 3 février 2010, n°08-41412. *Droit ouvrier*, 2010, p. 359, note B. Lardy-Pélissier. *RDT*, 2010, 226, note J-Y. Frouin.

Cass. soc., 5 mai 2010, n°07-45.409.

Cass. soc., 16 juin 2010, n°09-40065.

Cass. soc., 6 octobre 2010, n°09-40.087.

Cass. soc., 13 octobre 2010, n°09-65.986.

Cass. soc., 19 octobre 2010, n°09-42190.

Cass. soc., 26 octobre 2010, n°09-42740.

Cass. soc., 30 juin 2011, n°10-14.960.

Cass. soc., 3 novembre 2011, *Société GSF Orion*, n°10-30-033.

Cass. soc., 30 mai 2012, n°11-10087. *Dr. ouvrier*, 2012, 659, note T. Durand.

Cass. soc., 26 septembre 2012, n°11-11247.

Cass. soc., 19 mars 2013, *CPAM de Seine-Saint-Denis*, n°12-11690.

Cass. soc., 27 mars 2013, n°11-19734.

Cass. soc., 24 avril 2013, n°12-14844.

Cass. soc., 12 juin 2013, n°12-17273. *D.*, 2013, 2599, obs. P. Lokiec et J. Porta. *Dr. Soc.*, 2013, 762, obs. J. MOULY. *RDT*, 2014, p. 108, comm F. Debord.

Cass. soc., 30 octobre 2013, n°12-22962.

Cass. ass. plén., 25 juin 2014, *Baby Loup*, n°13-28369. *AJDA*, 2014, p. 1293. *AJDA*, 2014, p. 1842, note S. Mouton et T. Lamarche. *D.*, 2014, p.1386. *D.*, 2014, p. 1536, entretien. C. Radé. *AJCT*, 2014, p. 511, obs. F. de la Morena. *AJCT*, 2014, p. 337, tribune F. de la Morena. *Dr. Soc.*, 2014, p. 811, étude J. Mouly. *RTD civ.*, 2014, p. 630, obs. J. Hauser. *RFDA*, 2014, p. 954, note P. Delvolvé.

COUR D'APPEL :

CA Versailles, 14 septembre 2011, n°10/02850.

SITES INTERNET :

BRONNER Gérald. « France-Télécom : vague de suicides et commentaires hâtifs ». *LeMonde.fr*, 11 juillet 2012. [EN LIGNE] Disponible sur : http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/07/11/france-telecom-vague-de-suicides-et-commentaires-hatifs_1731817_3232.html#y2S4gPG41rv5JYec.99 (consulté le 23 avril 2015).

DE MONTECLER Marie-Christine. « Baisse de 4,5 milliards des dotations aux collectivités en 2014 et 2015 ». *Dalloz actualité*, 14 février 2013.

DE MONTECLER Marie-Christine. « Baisse des dotations : les élus locaux ne se résignent pas ». *Dalloz actualité*, 21 juillet 2014.

Dictionnaire Larousse [EN LIGNE]. Disponible sur : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/convention/18972?q=convention#18861> (consulté le 16 avril 2014).

DUCOURTIEUX Cécile. « Il n'y aura bientôt plus de fonctionnaires au sein du groupe France Télécom ». *LeMonde.fr*, 3 janvier 2013. [EN LIGNE] Disponible sur : http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/01/03/il-n-y-aura-bientot-plus-de-fonctionnaires-au-sein-du-groupe-france-telecom_1812423_3234.html (consulté le 17 mars 2016).

FORRAY Jean-Baptiste. « Les républicains veulent enterrer le statut de la fonction publique territoriale ». *La Gazette des Communes*, 9 mars 2016. [EN LIGNE] Disponible sur : <http://www.lagazettedescommunes.com/432615/les-republicains-veulent-enterrer-le-statut-de-la-fonction-publique-territoriale/> (consulté le 17 mars 2016).

PIETRALUNGA Cédric. « La Poste est de nouveau confrontée à plusieurs suicides ». *LeMonde.fr*, 5 mars 2013. [EN LIGNE] Disponible sur : http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/03/05/la-poste-est-de-nouveau-confrontee-a-plusieurs-suicides_1842913_3234.html#rsJbZMv84PQw2TKx.99 (consulté le 23 avril 2015).

ANNEXE

Annexe unique : données et graphiques relatifs aux effectifs de l'emploi public administratif territorial.

TABLEAU PRESENTANT LES EFFECTIFS DANS L'EMPLOI PUBLIC ADMINISTRATIF TERRITORIAL						
ANNEE	EFFECTIF CONTRACTUEL (SANS ASS. FAM. / ASS. MAT. ET CONTRATS AIDES)	EFFECTIF ASS. FAM. / ASS. MAT.	TOTAL EFFECTIF CONTRACTUEL (AVEC ASS. FAM. / ASS. MAT., SANS CONTRATS AIDES)	TOTAL DE L'EFFECTIF DE L'EMPLOI PUBLIC ADMINISTRATIF TERRITORIAL	RAPPORT CONTRACTUEL (SANS ASS. FAM. / ASS. MAT NI CONTRATS AIDES) SUR EFFECTIF TOTAL	RAPPORT CONTRACTUELS (AVEC ASS. FAM. / ASS. MAT., SANS CONTRATS AIDES) SUR EFFECTIF TOTAL
1983	325519			1085066	0,299999263	
1987				1110000		
1990	268263			1166364	0,229999383	
1997				1280000		
2001	271322	56907	328229	1328377	0,204250751	0,247090246
2002	294016	55864	349880	1460158	0,201359031	0,239617904
2003	309319	55491	364810	1522143	0,203212839	0,239668678
2004	319336	55438	374774	1573276	0,202975193	0,238212494
2005	325073	55997	381070	1613221	0,201505559	0,236216861
2006	346128	56567	402695	1662501	0,208197168	0,242222411
2007	363260	56011	419271	1748378	0,207769716	0,239805694
2008	374181	55758	429939	1825031	0,205027202	0,235579012
2009	355001	47865	402866	1805936	0,196574519	0,22307878
2010	350627	40208	390835	1811079	0,193601163	0,215802292
2011	359836	50400	410236	1830663	0,196560481	0,22409149
2012	369653			1862419	0,198480041	
2013	362826			1878745	0,193121472	
2014	364199			1894655	0,192224442	

SOURCES

RAYNAUD Philippe. « L'emploi public est tiré par la fonction publique territoriale ». *Economie et statistique*, 2003, n°369-370, pp. 75-92

DGAFP. *La fonction publique de l'Etat, Rapport annuel 2002*. La Documentation Française, 2003, 184p. p. 25.

DGAFP. *Fonction publique : faits et chiffres 2002*. La Documentation Française, 2003, 240p. p. 22.

DGAFP. *Fonction publique : faits et chiffres 2004*. La Documentation Française, 2005, 270p. p. 8.

DGAFP. *Rapport annuel fonction publique : faits et chiffres 2005-2006*. La Documentation Française, 2006, 303p. pp.30-32.

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : volume 1, faits et chiffres 2006-2007*. La Documentation Française, 2007, 535p. p.30.

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : volume 1, faits et chiffres 2007-2008*. La Documentation Française, 2008, 645p. p.32.

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : volume 1, faits et chiffres 2008-2009*. La Documentation Française, 2009, 725p. p.30.

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : volume 1, faits et chiffres 2009-2010*. La Documentation Française, 2010, 438p. p.29.

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres 2010-2011*. La Documentation Française, 2011, 580p. p.116.

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2012*. La Documentation Française, 2012, 572p. p.86.

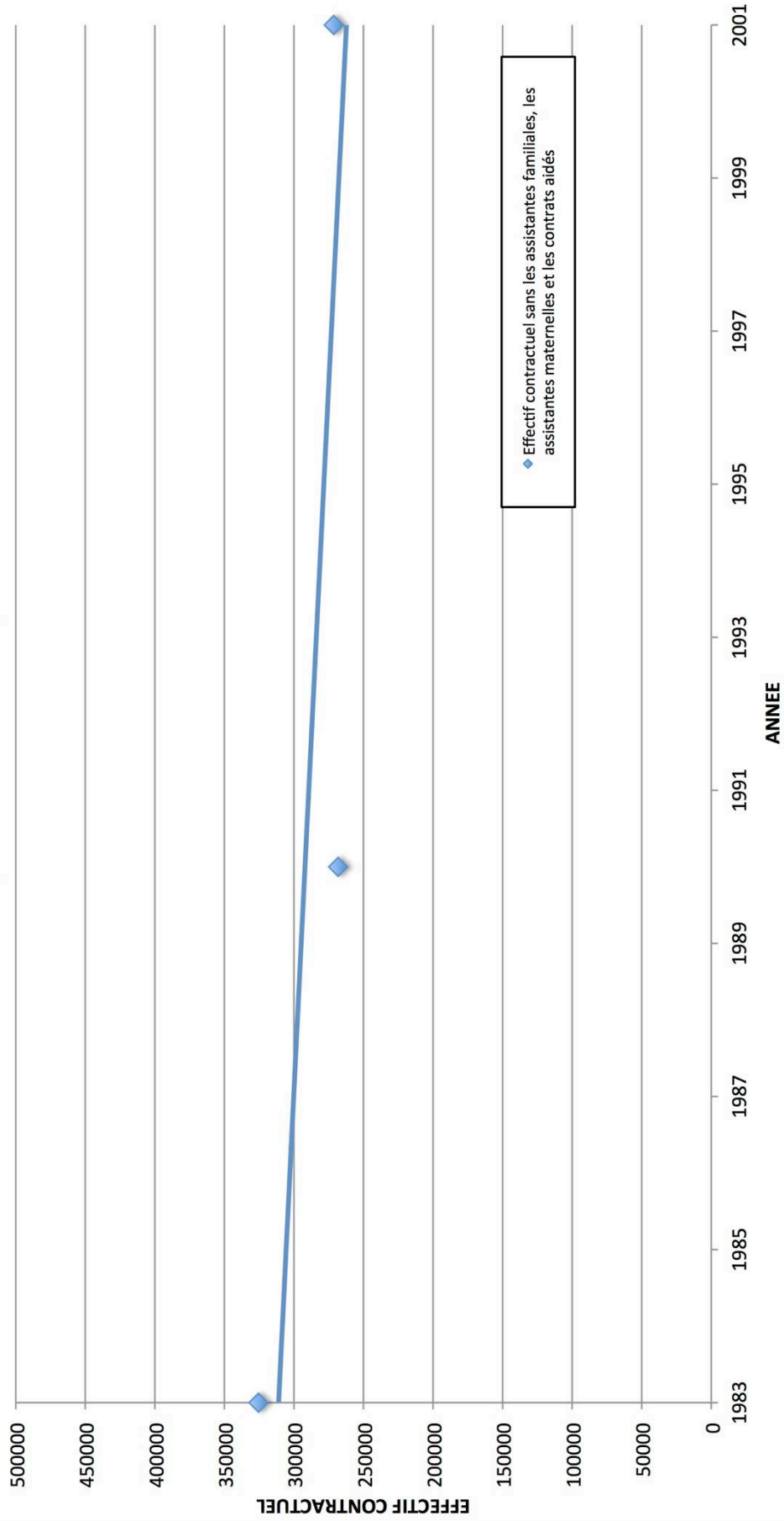
DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2013*. La Documentation Française, 2013, 652p. p.112.

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2014*. La Documentation Française, 2014, 572p. p.91.

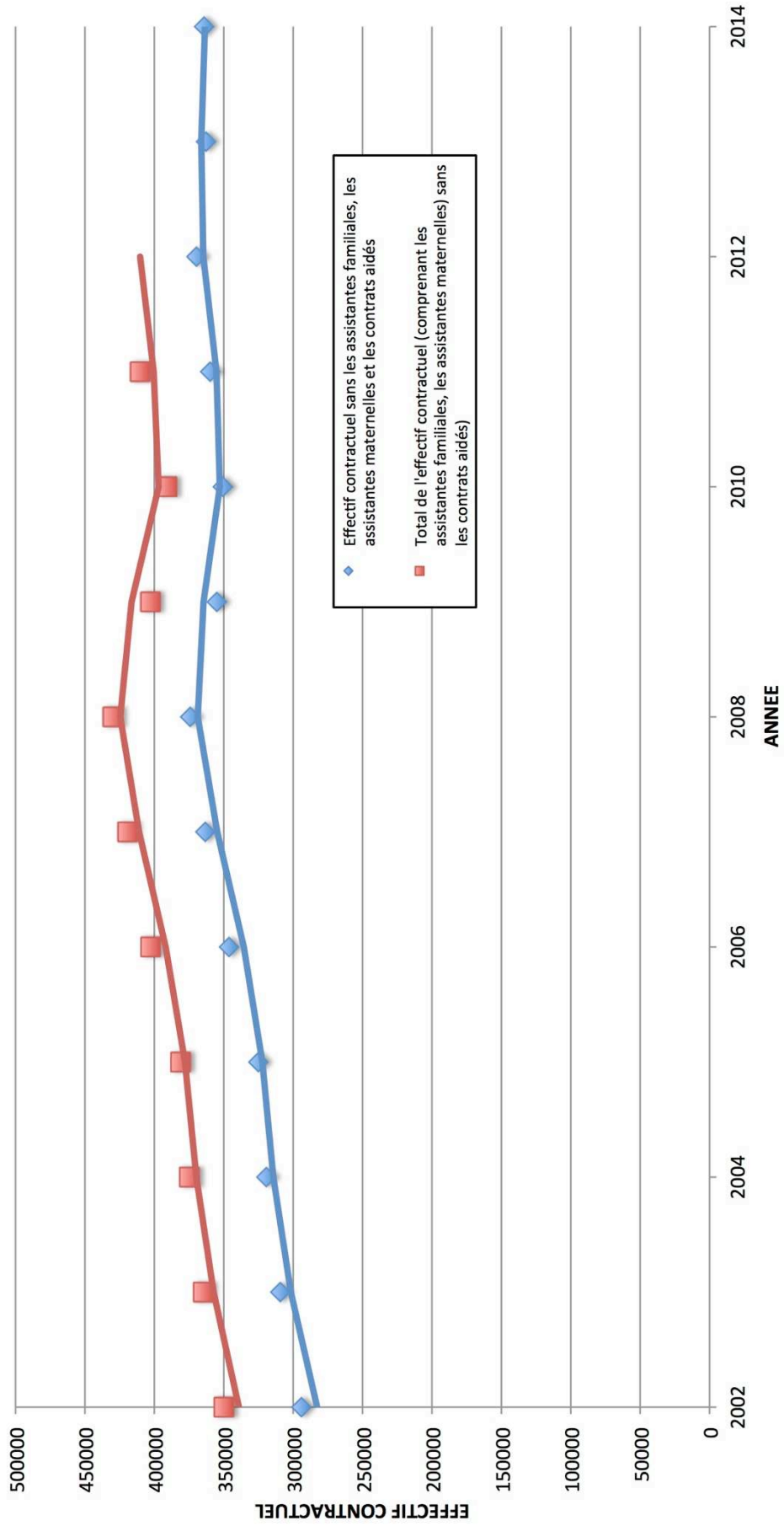
DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2015*. La Documentation Française, 2015, 664p. p.102.

DGAFP. *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique : politiques et pratiques des ressources humaines, faits et chiffres, édition 2016*. La Documentation Française, 2016, 684p. p.97.

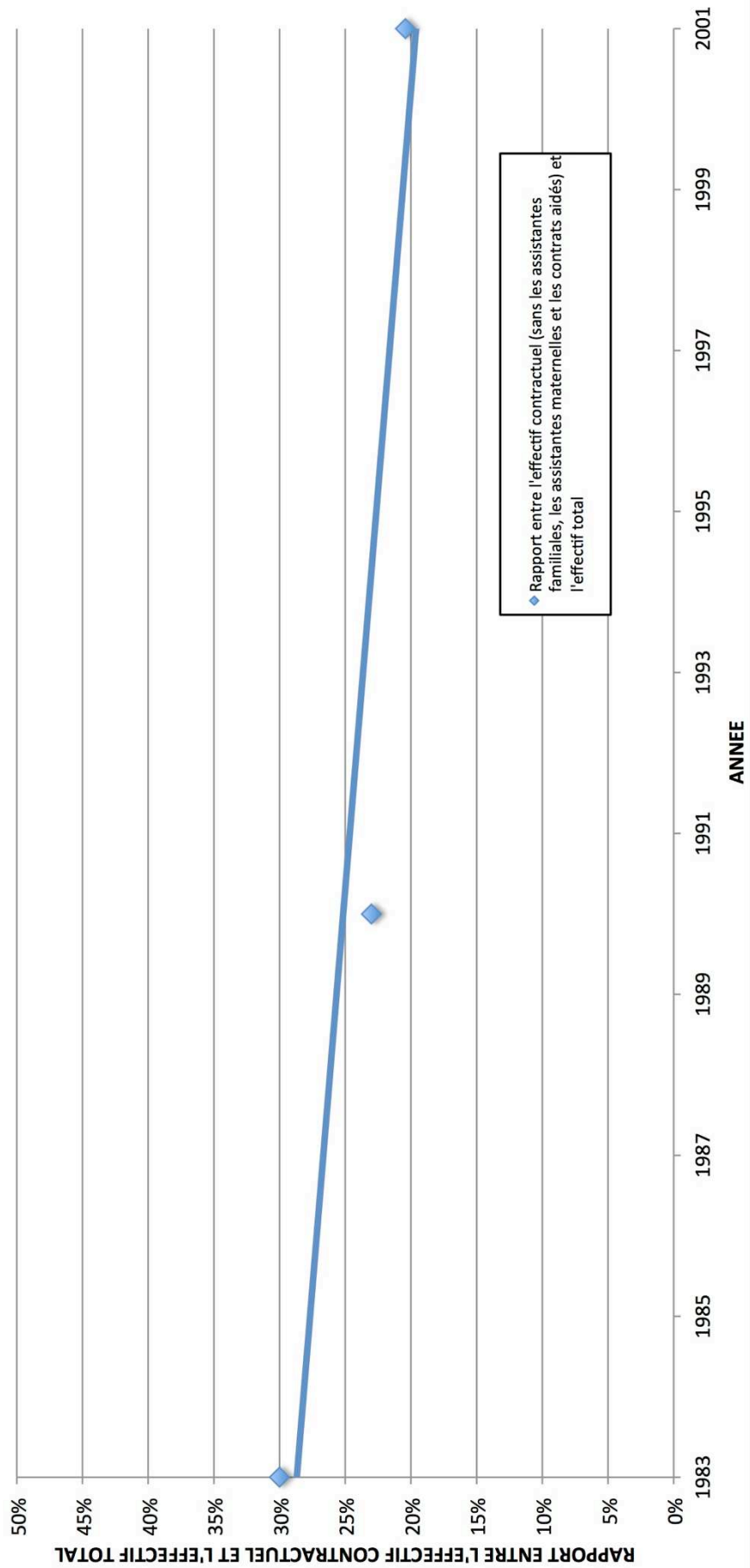
GRAPHIQUE 1.1
EVOLUTION DE L'EFFECTIF CONTRACTUEL EN FONCTION DU TEMPS
(DE 1983 A 2001)



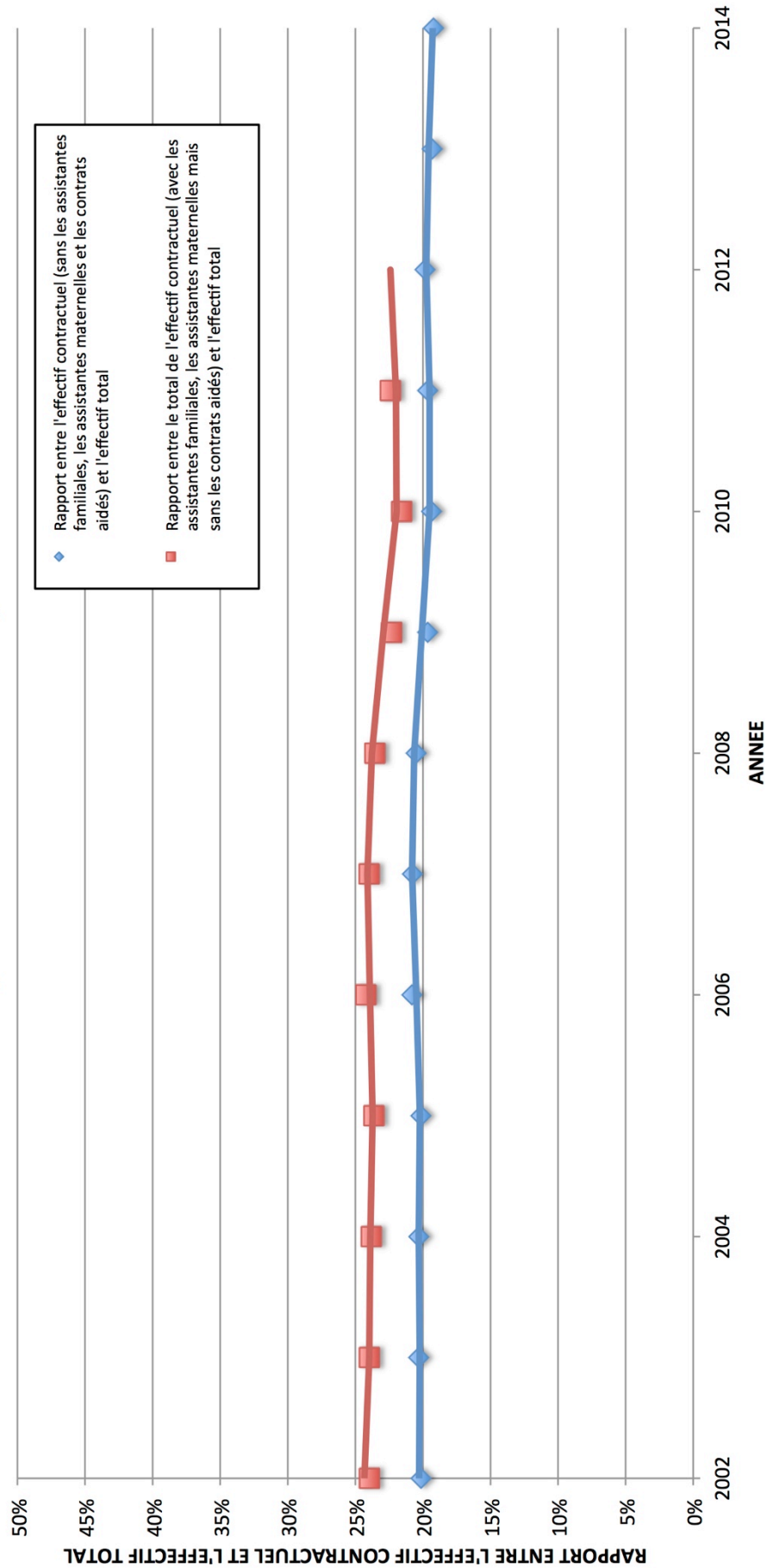
GRAPHIQUE 1.2
EVOLUTION DE L'EFFECTIF CONTRACTUEL EN FONCTION DU TEMPS
(DE 2002 A NOS JOURS)



GRAPHIQUE 2.1
EVOLUTION DU RAPPORT ENTRE L'FFECTIF TOTAL ET L'FFECTIF
CONTRACTUEL EN FONCTION DU TEMPS
(DE 1983 A 2001)



GRAPHIQUE 2.2 EVOLUTION DU RAPPORT ENTRE L'FFECTIF TOTAL ET L'FFECTIF CONTRACTUEL EN FONCTION DU TEMPS (DE 2001 A NOS JOURS)



INDEX

A

Absence de cadre d'emploi de fonctionnaire pour assurer les fonctions correspondantes	63
Absence momentanée d'un fonctionnaire	52
Accidents de travail et accidents de service	224
Agent contractuel (définition)	17
Allocation chômage	232
Alternance	84, 86
Assistants familiaux et assistants maternels	78, 103, 153, 154

B

Besoin occasionnel (recrutement)	47
Besoins du service ou nature des fonctions	56

C

Carrière 29, 44, 83, 104, 182, 275, 294, 299, 303, 321, 323, 340, 343, 347, 356, 358, 369, 375	
Centre national de la fonction publique territoriale	45, 76, 357, 362, 363, 364
Clause d'exclusivité	281
Collaborateurs de cabinet	48, 145
Collaborateurs de groupe d'élus	165
Collaborateurs de groupe d'élus	71
Collectivités de taille modeste (recrutement)	66
Conception européenne des emplois de fonctionnaires	38, 51, 182, 183, 374
Concours 22, 24, 33, 34, 50, 62, 83, 89, 159, 161, 166, 168, 300, 308, 335, 342, 345, 346, 358, 359, 360, 362, 365, 366, 369, 375	
Congé	86, 145, 159, 161, 165, 350
Adoption	54
Convenance personnelle	231
Fin d'activité	161
Fin de carrière	194
Indemnité compensatrice	247
Maladie	53, 208, 215, 249
Maternité	53, 208
Parental	53
Service civil ou national	53
Solidarité Familiale	54
Connaissances techniques hautement spécialisées	<i>Voir besoins du service ou nature des fonctions</i>
Consensualisme	349, 352
Contrat à durée indéterminée	<i>Voir pérennisation de l'emploi contractuel</i>
Contrat conclu entre un agent et l'administration (définition)	17
Contrat d'affectation sur emploi	334
Contrat de travail de fonction publique	<i>Voir fonctionnaire contractuel (théorie)</i>
Contrat oral	17, 75, 113, 123

Contrats à durée déterminée dits d'usage	254
Contrats aidés	87, 103, 142, 151, 154, 177
Activités d'adultes-relais	90
Contrat unique d'insertion	89
Emploi d'avenir	89
Convention collective	<i>Voir négociation collective</i>
Coût du travail.....	243, 245
Culture du résultat.....	337

D

Décentralisation	30, 134
Délégués syndicaux et représentants du personnel	295, 320, 324
Détachement	50, 68, 71, 142, 197, 232, 259, 299
Devoir de réserve	286
Discipline	<i>Voir régime disciplinaire</i>
Discrétion	<i>Voir secret professionnel</i>
Discrimination positive	81
Handicap	81
PACTE.....	83
Discriminations (lutte contre)	227
Droit de l'emploi public administratif (définition)	18
Durée du travail.....	236

E

Echéance du terme	105, 112, 119, 124, 143, 144, 209, 210, 233, 246, 249, 364
Clause de tacite reconduction	111
Renouvellement tacite.....	122
Egal accès à l'emploi public	<i>Voir concours</i>
Emploi	
Emploi fonctionnel.....	68, 259
Emploi non permanent	38, 43
Emploi permanent.....	51
Emploi public administratif (définition)	16
Emploi public italien.....	303
Emploi saisonnier.....	47

F

Faute.....	<i>Voir régime disciplinaire</i>
Fonctionnaire contractuel (théorie).....	26
Formation professionnelle	235, 321, 357

G

Grade.....	37, 77, 162, 166, 269, 270, 275, 342, 356, 362, 364, 366
------------	--

H

Hygiène, sécurité et médecine préventive	196, 221, 234, 235, 321
--	-------------------------

I

Impossibilité temporaire de pourvoir un emploi dans les conditions fixées par le statut	61
Intérim.....	256
Italie	<i>Voir emploi public italien</i>

L

Laïcité	15, 283
Liberté d'expression.....	286

M

Métier(s).....	27, 44, 195, 337, 341, 343, 347, 356, 362, 364, 365, 366, 370, 372, 375
Mobilité.....	271, 299
Modification dans la situation juridique de l'employeur ...	<i>Voir reprise d'une activité déléguée</i>
Mutation	273

N

Négociation collective	307, 310, 320
Neutralité politique	285

O

Obéissance hiérarchique	278
Obligation de consacrer l'intégralité de son activité à sa mission de service public	279
Obligation de dignité.....	289

P

Pérennisation de l'emploi contractuel	103, 104, 126, 216
Perte de confiance	71, 259, 260
Plans de titularisation	<i>Voir réduction de l'emploi contractuel</i>
Position surnuméraire	<i>Voir surnuméraire (position)</i>
Postes et télécommunications	186
France Télécom.....	192
La Poste.....	197
Pouvoir de direction de l'employeur.....	261
Etendue (employeur public).....	269
Fondements	262
Limitations (employeur privé)	265
Théorie contractuelle	262
Théorie de l'institution.....	262
Principes généraux du droit	109, 203
Droit de grève	220
Droit de retrait.....	221
Interdiction d'un licenciement fondé sur l'état de grossesse	206
Interdiction de rémunérer en deçà du salaire minimum.....	210
Interdiction de toute amende ou sanction pécuniaire.....	218
Obligation de reclassement	214
Obtention d'un certificat de travail	216
Privatisation	177, 201
Définition	178
Protection fonctionnelle	301

R

Réduction de l'emploi contractuel	156
Loi dite Perben du 16 décembre 1996	158
Loi dite Sapin du 3 janvier 2001	161
Loi dite Sauvadet du 12 mars 2012.....	164

Régime disciplinaire	79, 165, 209, 216, 246, 249, 265, 290, 291, 294, 295, 297, 298, 350
Rémunération	44, 45, 77, 194, 199, 215, 230, 249, 250, 270, 272, 275, 297, 307, 339
Reprise d'une activité déléguée	90

S

Salariés protégés	<i>Voir délégués syndicaux et représentants du personnel</i>
Sanction disciplinaire	<i>Voir régime disciplinaire</i>
Secret professionnel	282
Stage	82, 83, 86, 142, 167, 196, 205, 208, 209, 232
Surnuméraire (position)	44

T

Terme	<i>Voir échéance du terme</i>
Traitement	<i>Voir rémunération</i>
Travaillisation	201
Définition	178

V

Vacataires	14, 74, 103, 142, 177, 254, 256, 361
Vie privée	289, 290, 292

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	7
TABLES DES SIGNES ET ABRÉVIATIONS	9
INTRODUCTION	13
PARTIE I - LE CONTRAT, RÉVÉLATEUR DE L'INADAPTATION DU STATUT DE LA FONCTION PUBLIQUE À L'ENSEMBLE DES MISSIONS DE L'EMPLOI PUBLIC ADMINISTRATIF TERRITORIAL	37
TITRE 1 - UNE INADAPTATION RÉVÉLÉE PAR LA MULTIPLICITÉ DES CAS DE RECRUTEMENTS CONTRACTUELS	41
CHAPITRE 1 - LE RECRUTEMENT CONTRACTUEL, RÉPONSE POSSIBLE AUX INSUFFISANCES PRATIQUES DU RECRUTEMENT STATUTAIRE	43
SECTION I – La nécessité pratique des recrutements contractuels sur des emplois non permanents	43
§1 – La difficulté à pourvoir les emplois non permanents par la voie du recrutement statutaire.....	44
§2 – Les hypothèses limitées d'emplois non permanents occupés par des agents contractuels	46
A. Les recrutements contractuels sur emplois saisonniers ou liés à un besoin occasionnel.....	47
B. Les collaborateurs de cabinet	48
SECTION II – Les insuffisances pratiques du recrutement statutaire sur emplois permanents justifiant le recours aux recrutements contractuels	51
§1 – Les recrutements contractuels sur emplois permanents classiques.....	51
A. Les aléas du fonctionnement des services justifiant un recrutement contractuel.....	52
1. Le recrutement contractuel pour remplacer un fonctionnaire momentanément absent.....	52
2. Le recrutement contractuel lorsque les besoins des services ou la nature des fonctions le justifie	55
B. Les contraintes et lacunes du statut justifiant un recrutement contractuel ..	60
1. Le recrutement contractuel en cas d'impossibilité temporaire de pourvoir un poste dans les conditions fixées par le statut	61
2. Le recrutement contractuel en l'absence de cadre d'emploi de fonctionnaire pour assurer les fonctions correspondantes	63

3. Les recrutements contractuels ouverts aux collectivités de taille modeste	66
§2 – Le recrutement contractuel sur les emplois à connotation politique.....	68
CONCLUSION.....	72
CHAPITRE 2 - LE RECRUTEMENT CONTRACTUEL, RÉPONSE EXCLUSIVE AUX BESOINS PARTICULIERS DES ADMINISTRATIONS TERRITORIALES	73
SECTION I - Le contrat comme unique outil de recrutement en raison du particularisme de la relation de travail.....	74
§1 – Le contrat comme seul outil de recrutement en raison de la nature particulière des tâches confiées.....	74
A. Les vacataires.....	74
B. Les assistants familiaux et les assistants maternels.....	78
§2 – Le contrat comme seul outil de recrutement en raison de la finalité sociale du recrutement effectué.....	81
A. La mise en œuvre d’une discrimination positive	81
1. Les cas particuliers des recrutements contractuels ouverts aux personnes en situation de handicap.....	81
2. Le contrat de mise en œuvre du parcours d’accès aux carrières territoriales, hospitalières et de l’État (PACTE)	83
B – Les contrats aidés	87
SECTION II – L’emploi du contrat rendu nécessaire par la reprise d’une activité déléguée.....	90
§1 – Une jurisprudence nationale initialement opposée à la poursuite des contrats de travail en cas de reprise en régie d’un service public administratif délégué...	92
§2 – L’influence de la Cour de Justice des Communautés Européennes sur la jurisprudence et la législation françaises	94
CONCLUSION.....	98
TITRE 1 - CONCLUSION	99
TITRE 2 - UNE INADAPTATION SOULIGNÉE PAR LA BANALISATION DU RECRUTEMENT CONTRACTUEL.....	101
CHAPITRE 1 - LE CONTRAT, OUTIL DE RECRUTEMENT DÉSORMAIS PÉRENNE.....	103
SECTION I - Le rejet jurisprudentiel du contrat à durée indéterminée à défaut de tout texte le prévoyant explicitement.....	104
§1 – Le principe quasi-absolu du recrutement contractuel à durée déterminée.	106
A. Le principe du recrutement contractuel à durée déterminée	106
B. Les exceptions au principe du recrutement contractuel à durée déterminée	111
1. Les contrats contenant une clause de tacite reconduction	111
2. Les contrats oraux	113
§2 – La jurisprudence <i>Bayeux</i> et le refus absolu du contrat à durée indéterminée en dehors de tout texte le prévoyant	116
A. L’arrêt <i>Bayeux</i> et la nouvelle position de principe du Conseil d’État	117
B. Les conséquences jurisprudentielles de la position de principe développée par le Conseil d’État au sein de son arrêt <i>Bayeux</i>	118

1. La fin de l'exceptionnelle reconnaissance d'un contrat à durée indéterminée en cas de renouvellement tacite de l'engagement initial.....	119
2. La fin de l'exceptionnelle reconnaissance d'un contrat à durée indéterminée en présence d'un contrat oral	123
SECTION II - L'instauration législative du contrat à durée indéterminée	126
§1 – Les exceptions législatives au principe du recrutement contractuel à durée déterminée antérieures à la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005	127
A. La prise en compte législative des effets de la jurisprudence Berkani	128
1. Une évolution jurisprudentielle engendrant de nombreux risques contentieux	129
2. La nécessaire intervention de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000	132
B. Le maintien de la durée indéterminée de certains contrats conclus par des associations dont l'activité a été reprise.....	134
§2 – La généralisation du contrat à durée indéterminée par la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005	137
A. La possibilité, offerte aux personnes publiques par la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005, de conclure des contrats à durée indéterminée de droit public..	138
B. La justification européenne de la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005	139
C. Un retentissement limité lié à une application stricte de la possibilité de transformer un CDD en CDI.....	142
CONCLUSION.....	146
CHAPITRE 2 - LE CONTRAT, OUTIL DE RECRUTEMENT DÉSORMAIS INSTITUTIONNALISÉ	149
SECTION I - L'importance quantitative du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial	150
§1 – Un recrutement contractuel mesuré par les pouvoirs publics	151
A. L'importance quantitative du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial de 1980 à 2001	151
B. L'importance quantitative du contrat au sein de l'emploi public administratif territorial depuis 2001.....	153
§2 – Un recrutement contractuel quantitativement constant.....	154
SECTION II - L'échec des initiatives visant à la réduction de l'emploi contractuel	156
§1 – L'échec des lois dites « Perben » et « Sapin »	158
A. La mise en œuvre infructueuse de concours réservés par la loi n°96-1093 du 16 décembre 1996	158
B. L'échec de l'intégration directe et des concours réservés de la loi n°2001-2 du 3 janvier 2001	161
§2 - Le regrettable manque d'ambition de la loi dite « Sauvadet » du 12 mars 2012.....	164
CONCLUSION.....	169
TITRE 2 - CONCLUSION	171
PARTIE I - CONCLUSION	173

PARTIE II LE CONTRAT, MOTEUR DE L'ADAPTATION DU DROIT DE L'EMPLOI PUBLIC ADMINISTRATIF TERRITORIAL À L'ENSEMBLE DE SES MISSIONS..... 175

TITRE 1 - LE CONTRAT DE DROIT PRIVE, IMPOSSIBLE OUTIL D'ADAPTATION DU RÉGIME JURIDIQUE DE L'EMPLOI PUBLIC ADMINISTRATIF TERRITORIAL À L'ENSEMBLE DE SES MISSIONS 177

CHAPITRE 1 - LE CONTRAT, OUTIL D'UNE PRIVATISATION ENVISAGEABLE 181

SECTION I – Une privatisation déjà réalisée avec succès et compatible avec la conception européenne des emplois de fonctionnaires 182

§1 – La conception restrictive des emplois de fonctionnaires adoptée par la Cour de Justice de l'Union Européenne..... 183

§2 – L'exemple de la privatisation réalisée au sein du secteur des postes et télécommunications français..... 185

A. Le service public administratif des postes et télécommunications 186

B. Les modalités d'une transition réussie entre emploi public statutaire et emploi privé de droit commun 191

1. La mutation du droit applicable au personnel de France Télécom 192

2. La mutation du droit applicable au personnel de La Poste 197

3. L'applicabilité de ces modèles à l'emploi public administratif territorial 199

SECTION II - Une privatisation justifiable par la perte progressive de spécificité du droit de l'emploi public administratif territorial 201

§1 – La travaillisation du droit de l'emploi public administratif par la jurisprudence administrative 203

A. Une travaillisation de la jurisprudence administrative par la reconnaissance de principes généraux du droit 203

1. La multiplication de principes généraux du droit s'inspirant du code du travail 204

a) L'hybridation par la découverte de principes généraux du droit applicables aux agents non titulaires..... 205

b) L'hybridation par la découverte de principes généraux du droit applicables à tous les agents publics 218

2. Une volonté globale d'accorder aux agents publics, dans le silence des textes, des garanties similaires à celles offertes aux salariés relevant du droit privé 222

B. Une travaillisation de la jurisprudence administrative sous l'influence du juge judiciaire..... 224

1. L'influence de la jurisprudence judiciaire sur le juge administratif en matière d'accident de service 224

2. L'influence de la jurisprudence judiciaire sur le juge administratif en matière de lutte contre les discriminations..... 227

§2 – Des conditions publiques et privées de travail lissées par le législateur.... 230

A. Une uniformisation du droit applicable à certaines catégories d'agents publics ou de salariés 230

B. Une uniformisation du droit applicable en matière d'hygiène, de sécurité et de médecine préventive, de formation professionnelle et de temps de travail	234
CONCLUSION.....	238

CHAPITRE 2 - LE CONTRAT, OUTIL D'UNE PRIVATISATION IMPROBABLE

SECTION I - L'impossible application directe du droit commun du travail à l'emploi public administratif territorial	242
§1 – Les effets délétères pour les employeurs territoriaux d'une application directe du droit commun du travail à l'emploi public administratif territorial ..	242
A. La perte de la flexibilité liée au travail public à durée déterminée	243
1. La hausse du coût du travail à durée déterminée engendrée par la privatisation de l'emploi public administratif territorial.....	245
2. L'interdiction, par le code du travail, de tout recours aux vacataires	254
a) L'alternative des contrats à durée déterminée dits d'usage	254
b) L'alternative de l'intérim.....	256
3. La difficile adaptation aux spécificités des emplois fonctionnels	259
B. La diminution du pouvoir de direction de l'employeur public	261
1. Les fondements différents des pouvoirs de direction des employeurs publics et privés	262
2. La limitation du pouvoir de direction de l'employeur privé aux seules modifications des conditions de travail.....	265
3. Un pouvoir de direction des employeurs publics bien plus important...	269
a) Le pouvoir de direction de l'employeur public sur les agents titulaires	269
b) Le pouvoir de direction de l'employeur public sur les agents contractuels	274
C. Un droit de l'emploi public administratif plus exigeant que le droit commun quant au comportement des agents	276
1. Le devoir d'obéissance hiérarchique, constante de toute activité subordonnée	278
2. Les obligations pesant sur les agents publics compatibles avec le droit privé sous réserve d'aménagements contractuels ou de dispositions spécifiques du règlement intérieur	279
a) L'obligation de consacrer l'intégralité de son temps de travail à son employeur	279
b) L'obligation de discrétion et de secret professionnel	282
c) Le respect du principe de laïcité	283
d) L'obligation de neutralité politique	285
3. Les obligations pesant sur les agents publics manifestement incompatibles avec le droit privé.....	286
a) La limitation de la liberté d'expression	286
b) L'obligation de dignité	289
§2 – Les effets délétères pour les agents territoriaux d'une application directe du droit commun du travail à l'emploi public administratif territorial	293
A. Sur la perte des garanties liées au droit disciplinaire	294
B. Sur la perte de toute possibilité de passage d'une fonction publique à une autre.....	299
C. La perte de toute protection fonctionnelle.....	301

SECTION II - La privatisation du régime juridique de l'emploi public italien, exemple d'une réforme impossible	303
§1 – Une privatisation du régime juridique de l'emploi public italien réalisée par la mise en œuvre d'un droit hybride	304
A. Une crise de productivité et de qualité particulière à l'Italie	305
B. La nécessaire adaptation du droit commun du travail italien aux spécificités de l'action administrative.....	306
§2 – De nombreuses difficultés pratiques ayant nécessité la réintroduction d'un régime quasi-statutaire	308
A. Le bilan mitigé de la privatisation de l'emploi public italien	309
B. La réintroduction de composantes de droit public dans le régime juridique privé de l'emploi public italien	310
CONCLUSION.....	312
TITRE 1 - CONCLUSION	315
TITRE 2 - LE CONTRAT DE DROIT PUBLIC, POSSIBLE OUTIL D'ADAPTATION DU RÉGIME JURIDIQUE DE L'EMPLOI PUBLIC ADMINISTRATIF TERRITORIAL À L'ENSEMBLE DE SES MISSIONS.....	317
CHAPITRE 1 - LE CONTRAT DE DROIT PUBLIC, OUTIL D'UNE INSUFFISANTE AMÉLIORATION DU DÉROULEMENT DE LA CARRIÈRE DES FONCTIONNAIRES	319
SECTION I - La convention collective, insuffisante amélioration contractuelle du régime statutaire de l'emploi public administratif territorial	320
§1 – La pratique actuelle de la négociation collective	322
A. Le caractère facultatif de la négociation collective en matière de fonction publique.....	323
B. L'absence de portée normative des accords collectifs conclus en matière de fonction publique	325
§2 – L'opportunité discutable de la mise en œuvre de véritables conventions collectives au sein du régime statutaire	327
A. Les difficultés liées à la mise en œuvre d'une telle réforme.....	328
B. L'insuffisance d'une réforme de la négociation collective afin d'accroître l'efficacité du recrutement statutaire	333
SECTION II - Le contrat d'affectation sur emploi, insuffisante amélioration contractuelle du régime statutaire de l'emploi public administratif territorial	334
§1 – Le contrat d'affectation sur emploi, hypothèse à l'utilité pratique limitée	335
§2 - Le contrat d'affectation sur emploi, hypothèse aux avancées essentiellement conceptuelles.....	336
A. L'affirmation de la nécessité d'une culture du résultat.....	337
B. La nécessaire évolution vers une approche de l'emploi public par ses métiers.....	341
CONCLUSION.....	342
CHAPITRE 2 - LE CONTRAT DE DROIT PUBLIC, OUTIL D'UNE EFFICACE SUBSTITUTION AU RECRUTEMENT STATUTAIRE.....	345
SECTION I - Le recrutement exclusivement contractuel, réponse efficace aux besoins exprimés par les administrations territoriales	347

§1 – Le maintien des agents dans une situation essentiellement légale et réglementaire.....	348
A. Un consensualisme limité traduisant la mise en œuvre d’une logique statutaire.....	349
B. Un consensualisme extrêmement limité mais réel.....	352
§2 – La mise en œuvre complète d’une logique métier.....	356
SECTION II - Un recrutement exclusivement contractuel aisé à mettre en œuvre mais entravé par un héritage conceptuel dévoyé.....	359
§1 – Une mise en place aisée.....	359
A. La forme du recrutement.....	360
B. Les durées de recrutement.....	360
C. L’abandon des grades au profit des métiers.....	362
D. Les dispositions transitoires.....	364
§2 – Une mise en place entravée par un héritage conceptuel dévoyé.....	364
CONCLUSION.....	366
 TITRE 2 - CONCLUSION.....	 369
 PARTIE II - CONCLUSION.....	 371
 CONCLUSION GÉNÉRALE.....	 373
 BIBLIOGRAPHIE.....	 377
 ANNEXE.....	 409
 INDEX.....	 417
 TABLE DES MATIÈRES.....	 421

LE CONTRAT AU SEIN DE L'EMPLOI PUBLIC ADMINISTRATIF TERRITORIAL

Résumé :

L'emploi public administratif territorial regroupe l'ensemble des agents publics travaillant pour le compte d'un service public administratif relevant de la compétence d'une collectivité territoriale ou d'un de ses établissements publics. Cet emploi, initialement conçu afin d'être majoritairement pourvu par des fonctionnaires, est en réalité occupé au cinquième par des agents contractuels dont la présence constante et incompressible déstabilise profondément l'édifice statutaire. L'emploi du contrat y est en effet révélateur de l'inadaptation du statut de la fonction publique à l'ensemble des missions de l'emploi public administratif territorial. La multiplicité et la banalisation des cas de recrutements contractuels l'attestent. Une contractualisation de l'emploi public administratif territorial pourrait permettre d'en assurer la modernisation. Plusieurs possibilités seraient alors envisageables : une privatisation de l'emploi public administratif territorial ou, au contraire, une amélioration du régime juridique actuellement en vigueur par l'accroissement de ses composantes contractuelles. La logique de carrière, véhiculée par la construction statutaire de l'emploi public depuis désormais plus de trente ans, serait alors nécessairement remise en cause. La présente thèse, après avoir établi l'inadaptation du statut de la fonction publique à l'ensemble des missions de l'emploi public administratif territorial, discute la faisabilité des réformes conjecturées.

Mots clefs : *emploi public, fonction publique, collectivités territoriales, agents contractuels non titulaires, contractualisation, privatisation, métiers, carrière*

THE CONTRACT WITHIN ADMINISTRATIVE JOBS OF LOCAL AUTHORITIES

Abstract :

Administrative jobs of local authorities cover all public employees working on behalf of an administrative public service managed by a local authority or one of its subsidiary. Those jobs, originally conceived to be mainly occupied by civil servants, are in fact occupied by a fifth of contract agents. Contract agents demonstrate that civil servants alone are not able to fulfill every tasks of local authorities. Contractualization could be a way to ensure modernization of those jobs: either a global privatization or an increase of their contractual components could be solutions. The career logic, used for more than thirty years, would then necessarily be called into question. This thesis, after having established that civil servants alone are not able to fulfill every tasks of local authorities, discusses the proposed solutions.

Keywords : public employment, civil service, local authorities, contract agents, contracting, privatization, trades, career

Unité de recherche/Research unit : *Centre de recherche droits et perspectives du droit (EA n°4487), Équipe de Recherches en droit public, 1 place Déliot, CS n°10 629, 59024 Lille Cedex, <http://crdp.univ-lille2.fr>*
Ecole doctorale/Doctoral school : *École doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n°74, 1 place Déliot, 59000 Lille, [ecodoc.univ-lille2.fr](http://edocdoc.univ-lille2.fr), <http://edocdoc74.univ-lille2.fr>*
Université/University : *Université de Lille, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://www.univ-lille2.fr>*