

**Transformation de la fonction publique :
jusqu'où aller dans le rapprochement avec le Droit du travail ?**

Isabelle Desbarats, Professeur, Université Toulouse-I Capitole, CDA.

S'il était initialement envisagé de supprimer 50 000 postes de fonctionnaires pour alléger la dépense publique, l'objectif est aujourd'hui beaucoup moins ambitieux puisque la suppression envisagée ne concerne plus que 15 000 fonctionnaires d'ici 2022 : un changement de cap à relativiser cependant dès lors que vient d'être adopté un texte dont la mise en œuvre va permettre, non seulement d'accompagner de telles suppressions de postes, mais aussi d'en accroître le nombre, via, par exemple, une facilitation de la mobilité des agents publics vers le secteur privé. Il s'agit de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019, dite de « transformation de la fonction publique », validé dans son ensemble par une décision du Conseil constitutionnel du 1^{er} août 2019¹ et qui introduit plusieurs mesures emblématiques d'application immédiate, ainsi que des changements majeurs devant entrer en vigueur courant 2020. C'est ainsi que, parmi les premières, on peut ranger notamment la suppression des régimes dérogatoires à la durée légale du travail en vigueur dans certaines collectivités territoriales ainsi que la réglementation de la grève, dans certains services publics territoriaux. Quant aux seconds, ils sont tels qu'ils conduisent à se demander si, demain, va s'opérer le « *changement de modèle* »² annoncé par le Comité Action Publique 2022, à moins que les transformations visées constituent, plutôt qu'une véritable « révolution » du droit des fonctions publiques, une simple étape dans un processus déjà en cours.

Une approche nuancée s'impose.

En effet, il est vrai que, d'un côté, c'est d'un simple approfondissement de mouvements connus qu'il est question puisque cette nouvelle loi prolonge la logique de « travaillisation » du droit de la fonction publique enclenchée par plusieurs textes antérieurs (loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, et à la lutte contre les discriminations ; loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie des fonctionnaires ; loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté ; loi du 5 juillet 2010 ayant notamment transformé les CT et les CHS préexistants en CHSCT (I).

¹ Décision n°2019-790 DC du 1^{er} août 2019

² A. Zarca, Contractualisation(s) et transformation de la fonction publique : de la sédimentation à la disruption, AJFP 2019 p.125

Pour autant, ce n'est pas d'un simple renforcement de tendance dont il s'agit, dès lors que, d'un autre côté, cette loi recèle peut-être des risques de rupture, liés aux nouveaux usages qui vont être faits du contrat, individuel et surtout collectif (II).

En tout état de cause, c'est pour une raison supplémentaire que cette loi impose une appréciation nuancée : en effet, répond à sa dimension managériale un certain progrès social, dont témoignent, par exemple, le volet égalité professionnelle entre femmes et hommes et celui relatif à la politique d'emploi des personnes handicapées.

Changements dans la continuité-

C'est de deux façons au moins que la loi du 6 août 2019 renforce la tendance à la « travaillisation » caractérisant désormais le droit des fonctions publiques.

*Une première illustration en est donnée par la *refonte des instances de dialogue social*, directement inspirée de l'une des ordonnances Macron³ et que le Conseil constitutionnel a jugée compatible avec le principe de participation : une réforme justifiée, comme dans le secteur privé, par la complexité des dispositifs antérieurs, source d'insécurité juridique pour les employeurs publics. Dans une logique inspirée du droit du travail (objectifs de simplification et d'amélioration du dialogue social), est ainsi créée une instance unique destinée à se substituer aux comités techniques et aux CHSCT et dénommée « comité social d'administration » dans la FPE, « comité social territorial » dans la FPT et « comité social d'établissement » dans la FPH. Il s'agit là d'une reconfiguration du dialogue social au sein du secteur public, à laquelle contribuent, d'une part, un recentrage des compétences des CAP sur les aspects essentiels et négatifs de la carrière des agents et, d'autre part, l'instauration de nouvelles lignes de gestion, qui détermineront la stratégie pluriannuelle de pilotage des ressources humaines d'une collectivité publique et qui devront être portées à la connaissance des nouvelles instances représentatives.

A noter que, tout comme dans les organisations privées, pourra être instituée, au sein du comité, une formation spécialisée en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail, sous réserve de conditions de seuil cependant différentes puisque ce seuil sera de 200 agents alors qu'il est de 300 salariés dans le secteur privé.

³ Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social dans les entreprises et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales,

*Si l'accentuation du processus de « travaillisation » des fonctions publiques trouve une première illustration dans la refonte des acteurs, des processus et des modalités du dialogue social, une autre résulte du *glissement, opéré par la nouvelle loi, d'un système d'emploi vers une logique de carrière* : une évolution ne reposant pas seulement sur un assouplissement du recrutement par contrat mais également sur plusieurs mesures ayant pour objet de « favoriser la mobilité et (d')accompagner les transitions professionnelles des agents publics (titre IV de la loi). Plus précisément, si toutes ces mesures ambitionnent de fluidifier la mobilité inter et intra fonctions publiques, toutes présentent aussi une dimension managériale car s'inscrivant dans une logique d'individualisation et de flexibilité des parcours professionnels. Autre similitude : l'ambition de faire des agents publics les propres acteurs de leur parcours, à l'image du comportement désormais attendu des salariés du secteur privé. C'est ainsi que sera garantie la portabilité des droits liés au CPF, afin de faciliter le passage du privé vers le public et inversement. Une autre mesure visant à favoriser les mobilités consiste dans l'instauration d'un mécanisme de rupture conventionnelle directement inspiré du droit du travail et dont les bénéficiaires seront les contractuels en CDI ainsi que les fonctionnaires titulaires, à compter de 2020 et pour une durée expérimentale de 5 ans : un dispositif ouvrant droit aux allocations chômage ainsi qu'à une indemnité de rupture dont le montant sera fixé par décret.

Cela étant, loin s'en faut que le nouveau texte se contente d'opérer des changements dans la continuité. C'est un autre rapport au contrat – individuel et collectif- qu'il met également en place : une évolution aux effets peut-être plus détonants qu'il n'y paraît.

II- Ruptures ?

Si la place conférée au contrat au sein des fonctions publiques constitue une thématique centrale du nouveau dispositif, force est de relever qu'il est plus précisément question de deux sortes de contrats - contrat individuel Vs contrat collectif - dont les impacts respectifs sont à différencier.

*D'abord, c'est le recours aux *contrats individuels* que la loi de 2019 souhaite faciliter dans les trois fonctions publiques et pour toutes les catégories d'emplois, alors que les contractuels représentent déjà près de 18 % des effectifs publics (INSEE première n°1741, mars 2019) : des agents de droit public dont le statut devrait être amélioré via l'instauration d'une prime de précarité pour les contrats de moins d'un an non renouvelable.

=> C'est ainsi, que, *dans les trois versants et selon des modalités différentes*, l'article 16 de la loi élargit le recours au contrat pour les emplois de direction. Pour sa part, l'article 17 de la loi

institue - également dans les trois fonctions publiques - un *contrat de projet* devant permettre le recrutement d'un agent en CDD, en vue de participer à une opération ou un projet déterminé dans n'importe quelle catégorie d'emploi, pour une durée limitée à celle de l'opération ou du projet. Ce contrat doit être conclu pour une durée d'au moins un an et pour 6 ans au plus. Il prendra fin avec la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu, après un délai de prévenance fixé par décret en Conseil d'État et n'ouvrira pas droit à une titularisation consécutive. A noter que ce contrat sera un CDD dans le secteur public alors qu'il s'agit d'un CDI dans le secteur privé, dont les règles de fonctionnement sont fixées par voie conventionnelle (art L. 1223-8 C. Trav).

=> S'agissant *de la FPE*, l'article 18 élargit les dérogations au principe de l'occupation des emplois permanents par des fonctionnaires et autorise le recours au contrat, quelle que soit la catégorie concernée, notamment lorsque l'emploi fait appel à des compétences techniques spécialisées ou nouvelles, ou lorsque la procédure de recrutement d'un agent titulaire s'est révélée infructueuse.

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

=> *Quant à la FPT*, le recours au contrat devrait y être grandement amplifié puisque, désormais, il sera possible d'y recourir, d'une part, pour tous les emplois permanents, quelle que soit la catégorie, lorsque « les besoins des services ou la nature des fonctions le justifient » (une exigence légale élastique...); d'autre part, pour pourvoir des emplois permanents, sans conditions particulières, pour les communes de plus de 1000 et les groupements de plus de 15 000, quelle que soit la quotité de travail ; enfin, pour tous les autres employeurs territoriaux, « lorsque la quotité de travail est inférieure à 50% ».

Dès lors, est-ce à dire qu'une remise en cause du statut devrait forcément résulter de cet expansionnisme contractuel? Alors qu'une réponse positive s'impose pour certains, tel n'est pas le cas pour d'autres, au motif que - la loi n'ayant pas modifié l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 - preuve serait ainsi donnée de l'absence de volonté publique de déstabiliser le principe selon lequel les emplois permanents de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics administratifs sont occupés par des fonctionnaires régis par un statut. Bien plus, la nouvelle loi devrait contribuer à une amélioration des droits des contractuels, alors que leur régime juridique est hybride et fragmenté, fait d'emprunts au droit du travail, via les PGD. En ce sens, est évoquée la création d'une indemnité de fin de contrat qui devra être versée

lorsque les contrats, le cas échéant renouvelés, seront d'une durée inférieure ou égale à un an et lorsque la rémunération brute globale sera inférieure à un plafond fixé par un décret en Conseil d'État. A noter l'entrée en vigueur décalée au 1^{er} janvier 2021 de cette prime de précarité destinée à rapprocher les régimes juridiques des contractuels de droit public et de droit privé.

*Demain – et peut-être davantage encore que celle du contrat individuel- c'est la place du contrat collectif dans les droits de la fonction publique qui devrait susciter, cependant, une attention particulière. La raison en est que le Gouvernement a été habilité à prendre, par voie d'ordonnance, les dispositions requises pour développer le recours à la négociation collective dans la fonction publique et, plus précisément, pour favoriser, aux niveaux national et local, la conclusion d'accords négociés et déterminer la portée juridique qu'il conviendrait d'attacher aux accords ainsi conclus : une réforme dont les effets ne sauraient être minimisés pour deux raisons combinées.

D'abord, c'est un véritable « retournement »⁴ du droit positif qui pourrait en résulter puisque, jusque-là, aucune disposition légale ne conférait une valeur normative aux accords négociés avec les représentants des agents publics. Tel serait le cas s'il était décidé d'octroyer aux accords en remplissant les conditions dans les domaines identifiés, « une valeur juridique supérieure à une simple déclaration d'intention comme c'est le cas actuellement »⁵, leur conclusion étant de surcroît facilitée aux niveaux national et local. Autrement dit, il s'agirait de « permettre, dans certains cas, de conférer une valeur juridique aux engagements que l'administration a pris dans le cadre de négociations sous forme d'accords majoritaires à la suite d'une procédure d'approbation par le pouvoir réglementaire »⁶.

Mais – second aspect- si cet objectif de promotion de la négociation dans la sphère publique rejoint celui poursuivi dans le secteur privé, jusqu'où ce parallélisme peut-il/doit-il aller ? On touche là à un aspect central de « mise au centre du jeu des accords négociés »⁷, qui tient à l'identification de leur place dans l'architecture des normes.

En effet, et alors que les accords négociés dans la sphère publique sont appelés à jouer un rôle notable puisque dotés d'une force juridique, quelles seront les modalités de leur intégration

⁴A. Zarca, Contractualisation(s) et transformation de la fonction publique : de la sédimentation à la disruption, AJFP 2019 p.125

⁵ Etude d'impact, p 76

⁶ Etude d'impact, p 79

⁷ A. Zarca, Contractualisation(s) et transformation de la fonction publique : de la sédimentation à la disruption, AJFP 2019 p.125

dans la hiérarchie des normes légales et conventionnelles? Faut-il s'attendre à des débats sur cette hiérarchie, voire sur son éventuelle inversion, qui s'inspireraient de ceux ayant enflammé le secteur privé lors de l'adoption de la loi El Khomri? Si tel était le cas, c'est bien d'une révolution dans le secteur public qu'il faudrait parler...

Isabelle Desbarats,

11 oct 2019