

Les transformations de la fonction publique : tous travailleurs ?



Les transformations de la Fonction publique : tous travailleurs ?

Regards croisés Droit du travail – Droit des fonctions publiques

Cycle de conférences
Organisé par le Centre de Droit des Affaires et l'Institut Maurice Hauriou – Université Toulouse 1 Capitole
Sous la coordination d'I. Desbarats, P. Esplugas-Labatut et M. Touzeil-Divina, professeurs à l'UT Capitole

24 septembre 2019 - 17h-19h

Évolution ou Révolution du Droit des Fonctions publiques ?

Intervenants : I. Desbarats, P. Esplugas-Labatut, M. Touzeil-Divina



Salle du conseil Gabriel Marty - Arsenal

RENSEIGNEMENTS & INSCRIPTIONS : ifr@ut-capitole.fr
21 allée de Brienne - Toulouse

Cycle de conférences validé au titre de la formation continue des avocats - Ouvert à tous

Première conférence : 24 septembre 2019

« Evolution dramatique & révolution mathématique » la négation du service public & le retour au « fonctionnaire contractuel »

Mathieu TOUZEIL-DIVINA

Professeur des Universités, Université Toulouse 1 Capitole, Institut Maurice HAURIUO

Directeur de l'axe « Transformation(s) du service public »

Président du Collectif L'Unité du Droit

DROITS DU TRAVAIL & DES FONCTIONS PUBLIQUES. Il y a dix ans déjà, on publiait à l'AJFP¹ une étude intitulée « *entre travaillisation et privatisation* » ; à propos des réformes contemporaines du droit des fonctions publiques. Quelques mois plus tard, avec Morgan SWEENEY, maître de conférences en droit (privé) du travail à l'Université Paris Dauphine, nous organisons le colloque : « *Droit(s) du travail et des fonctions publiques : influences, convergences, harmonisations* » qui a fait l'objet d'un premier ouvrage² et de plusieurs articles filés et appliqués notamment à la spécificité territoriale³. Par suite, outre plusieurs contributions et notamment la conclusion du très bel ouvrage du camarade Pierre ESPLUGAS-LABATUT⁴, la thématique de la « travaillisation » des fonctions publiques et – celle parallèle et souvent

¹ « Travaillisation ou privatisation des fonctions publiques ? » in AJFP ; 2010 ; p. 228 et s.

² TOUZEIL-DIVINA Mathieu & SWEENEY Morgan, *Droit du travail et des fonctions publiques : unité(s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations* ; Le Mans, L'Építoge ; 2012.

³ TOUZEIL-DIVINA Mathieu (dir.), « Droits du travail et des fonctions publiques : la spécificité territoriale » in *Revue Lamy Collectivités territoriales* ; n°81 ; 2012.

⁴ « Propos conclusifs : vive le droit (public) des travailleurs » in ESPLUGAS-LABATUT Pierre, DUBREUIL Charles-André & MORAND Michel (dir.), *Le Droit public du travail* ; Toulouse, L'Építoge ; 2016 ; p. 171 et s.

Les transformations de la fonction publique : tous travailleurs ?

mésestimée (mais pourtant réelle) – de la publicisation du droit du travail⁵ ne nous a jamais vraiment quitté. Il faut en outre rappeler ici qu'entre 1850 et l'Etat français, le droit du travail s'est « privatisé » mais son étude première a été faite et revendiquée par des publicistes⁶. A la Faculté de droit de Toulouse où cette conférence est prononcée, c'est ainsi Henri ROZY, d'abord professeur de droit administratif avant WALLON et HAURIOU, qui va écrire et professer la législation industrielle⁷. On vit donc – ici encore – un éternel recommencement même si la plupart des privatistes et des travaillistes l'ont oublié. S'ils veulent s'en convaincre, la lecture de l'article du professeur Louis DELBEZ à la RDP les éclairera sans peine par ces mots conclusifs⁸ : le droit du travail matérialise « *sur toute la ligne le triomphe du droit public. Seulement, il s'agit d'une sorte de droit public honteux, qui persiste à se dissimuler sous les formules périmées du droit contractuel* » ! Il existe en effet un cœur commun et publiciste aux droits du travail et des fonctions publiques⁹ : « *la conception – dans les deux cas – inégalitaire du pouvoir patronal de l'employeur qu'il soit public ou privé plaçant l'employé / agent (public et / ou privé) dans une situation exorbitante de celle du contrat égalitaire de droit commun* ».

C'est dire conséquemment à quel point nous sommes heureux que le présent cycle de conférences ait lieu et ce, avec le CDA dans le cadre du cinquième axe de l'Institut Maurice HAURIOU et avec le soutien du Collectif L'Unité du Droit. C'est en effet un réel plaisir que nous avons ce jour aux côtés des professeurs DESBARATS & ESPLUGAS-LABATUT d'ouvrir le cycle de ces cinq conférences, cycle répondant à l'invitation de la professeure DESBARATS à la promulgation de la récente Loi n° 2019-828 du 06 août 2019, dite de « transformation de la fonction publique ».

EVOLUTION OU REVOLUTION ? Travaillisation ou privatisation ? Peste ou choléra ? Progrès ou dégradation ? Sûrement un peu de tout cela mais il nous faut prendre position. Nous allons donc assumer nos choix puisque c'est l'enjeu de cette première conférence introductive. En l'occurrence, nous voudrions forcer le trait – non pour être caricatural – mais pour permettre davantage l'expression des points saillants. Et ceux-ci – depuis près de vingt années désormais – nous semblent clairs et simples (pour ne pas dire basiques pour reprendre un célèbre refrain¹⁰) à travers les cinq actions et démarches suivantes :

- une volonté comptable de suppression de services publics et de postes d'agents publics ;
- un désir égalitariste (et non égalitaire) de supprimer toutes distinctions préexistantes entre travailleurs de droit privé et de droit public ; désir feint derrière une prétention d'Egalité mais niant l'histoire et les raisons des distinguos opérés au préalable ;
- un appel croissant au contrat de droit privé et public pour remplacer peu à peu (et éliminer à terme rapproché) la figure principale et statutaire¹¹ du fonctionnaire dans l'emploi public ;
- une application formelle et méthodologique des référents et des pratiques contractualistes et travaillistes qui dilue le statut des fonctions publiques ;
- et, *in fine*, une négation même de l'esprit de service public qui innerve pourtant depuis ses origines le droit des agents publics.

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

⁶ « D'un droit public au droit privé : d'un droit industriel puis ouvrier... au droit du travail » *in Droit du travail et des fonctions publiques : unité(s) du droit ? Influences, convergences, harmonisations ; op. cit. ; p. 09 et s.*

⁷ ROZY Henri, *Le travail, le capital et leur accord* ; Paris, Guillaumin ; 1871.

⁸ DELBEZ Louis, « Une conquête du droit public : le contrat de travail » *in RDP* 1939 ; p. 462 et s.

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

¹⁰ On fait évidemment allusion à un texte de M. Aurélien COTENTIN.

¹¹ Un très beau colloque a récemment questionné l'avenir du statut : HAQUET Arnaud & CAMGUILHEM Benoît (dir.), *L'avenir du statut général de la fonction publique* ; Paris, Varenne ; 2019.

Les transformations de la fonction publique : tous travailleurs ?

Je ne serais donc pas, par mes propos, l'optimiste mais plutôt le pessimiste assumé de service¹².

Alors : évolution ou révolution ? Travaillisation ou privatisation ? Peste ou choléra ? Progrès ou dégradation ? *A priori* ni évolution ni révolution :

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

UNE LOI POLITIQUE ET LIMINAIRE A UNE DESTRUCTION ANNONCEE. Avant d'en dire davantage, on voudrait faire état d'un constat liminaire relatif à la Loi support de nos débats. Cette norme, sous des apparences de technicité est un véritable « *tract politique*¹³ » qui confine au « *fonctionnaire bashing* » et à la trop célèbre et réductrice dénonciation des prétendus privilèges de ces nantis d'agents publics, employés à vie que l'on va « enfin » faire travailler. Cela dit, c'est aussi une Loi que l'on peut qualifier d'hypocrite car si elle conduit inéluctablement à la suppression du statut, elle ne l'assume pas alors que cette suppression en est la conséquence évidente au profit non seulement d'une contractualisation (et d'une réduction drastique des corps de fonctions publiques) mais encore d'une privatisation du secteur public. C'est bien la *startup Nation* entrepreneuriale qui est un modèle privatiste ici visé. Or, est là est le problème la Nation n'est pas une entreprise et tout ne peut se gérer sous la seule focale managériale. Cela posé, venons-en aux deux parties esquissées entre évolution dramatique et révolution mathématique.

UNE FONCTION PUBLIQUE TRANSFORMEE ET QUI A DECIDEMENT PERDU SON SINGULIER. Ce n'est certes pas une nouveauté¹⁴ et il est évident, pour quiconque la pratique, que la fonction publique au sens large ne concerne pas les seuls agents, titularisés dans un grade de la hiérarchie administrative, nommés dans emploi permanent et placés dans une situation légale et réglementaire (pour reprendre les principales caractéristiques de la définition du fonctionnaire aux termes de l'article 2, du titre II du statut général). Ce contentieux de la – ou plutôt des – fonctions publiques est en fait celui d'une multitude de personnels aux statuts et aux conditions diverses : des fonctionnaires *stricto sensu* régis par « le » statut unilatéral, des stagiaires (non encore titularisés), des auxiliaires (recrutés de façon unilatérale également) mais aussi – et de plus en plus désormais du fait de la Loi du 06 août 2019 – des contractuels de droit public (en CDD et en CDI¹⁵) mais aussi de droit privé.

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

¹² En même temps le dossier présenté en ligne par l'Association des Maires de France et le CNFTP est d'une subjectivité pro gouvernementale si déconcertante et avec un manque de recul si étonnant qu'il faut bien proposer d'autres positions : http://www.cnftp.fr/sites/default/files/loi_de_transformation_de_la_fp_decryptage_des_articles_relatifs_a_la_fpt_1.pdf.

¹³ Ainsi que le constate et le déplore également Mme la ministre LEBRANCHU au colloque du 12 juin 2019 de la Fédération Syndicale Unitaire (FSU) et disponible sur son site Internet (et sa page facebook) pour rendre compte des débats (faisant intervenir Anicet LE PORS, Marylise LEBRANCHU & Daniel GUIRAUD) sur le thème : « quel avenir pour la Fonction publique ? » ; cf. : <https://www.facebook.com/FederationSyndicaleUnitaire/videos/317695632495538/>.

¹⁴ On reprend ici des éléments énoncés in *JCP A* ; n°22 ; 02 juin 2014 ; obs. n°2169.

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

Les transformations de la fonction publique : tous travailleurs ?

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

OBJECTIVITE. Mettons de côté dès maintenant pour plus d'objectivité, les quelques éléments positifs (car ils existent même s'ils sont rares dans le nouveau texte législatif). Signalons en ce sens :

- la tentative mise en œuvre de lutte contre les grèves perlées (art. 56 de la Loi) par une réactivation du service public minimum et continu (qui, selon nous, va dans le sens cohérent de la continuité du service public) ;
- l'ambition (chap. III, art. 31 et s.) de rénover la procédure disciplinaire en intégrant notamment les témoins et modifiant les sanctions infligées ;
- les propositions d'éléments de variabilité en matière de rémunération (art. 28 de la Loi – ou 20 du statut de 1983) au mérite (collectif & individuel) des contractuels (ce qui évite de tomber dans l'égalitarisme absolu qui a parfois noyé les fonctions publiques françaises) ;
- les actions en faveur de la déontologie (avec la fusion de certaines commissions avec la HATPV¹⁶) et l'art. 37 symbolique de la Loi imposant la publication des salaires contractuels les plus élevés dans les emplois publics ;
- l'art. 58 du texte sur la portabilité entre fonctions publiques du droit individuel et du Compte Personnel de Formation (le CPF) en cas de mobilité.

UN STATUT NON SACRE. Par ailleurs, signalons aussi que nous ne croyons pas un instant à la sacralité du statut républicain de fonction publique en ce qu'il serait immuable. Au contraire, il mérite une adaptation et c'est bien là l'application assumée de la dernière¹⁷ des « *Lois de ROLLAND* » celle de l'adaptabilité ou de la mutabilité du service. Oui des réformes, des aménagements doivent être faits sous réserve de sclérose. Nous ne sommes donc pas opposés, par définition, par essence, au(x) changement(s).

Cela dit, l'évolution dramatique selon nous que traduit la Loi du 06 août 2019 nous semble appuyer notamment deux phénomènes auxquels on est confronté depuis deux décades au moins : le fait que le choix réalisé en matière de fonctions publiques n'ait pas été si concerté (A) et l'absence – affirmons-nous – de prise en compte conséquente et suffisante du service public (B).

A. Un choix non suffisamment concerté

LES CHIFFRES PARLENT D'EUX-MEMES. La Loi qui a vocation à concerner un quart des travailleurs actifs français a été votée en moins de quatre mois et le texte en est passé 36 à 95 articles avec un objectif, désormais classique en termes de légistique : aller toujours plus vite car l'impératif de réduction des dépenses (et donc pourquoi pas des agents publics) est (encore) une promesse de campagne du président de la République.

En ce sens, comme les exécutifs précédents – et aucunement de façon « nouveau monde » - le gouvernement a fait voter au pas cadencé et forcé une norme pendant l'été (ce qui évite les manifestations et le débat public) et le conseil constitutionnel¹⁸, malgré quelques incohérences

¹⁶ Il s'agit de la Haute Autorité Pour la transparence de la Vie publique créée en 2013.

¹⁷ Contrairement aux habitudes souvent prises et répétées, il n'existe pas trois mais quatre « Lois » ou principes de Louis ROLLAND (1877-1956) en matière de service public : le rattachement à la personne publique, la continuité, l'Egalité et la mutabilité. Sur ces éléments, notamment, on se permettra de renvoyer à : « Louis ROLLAND, le méditerranéen d'Alger, promoteur et sauveteur du service public » in *Journées Louis ROLLAND, le méditerranéen* ; *Revue Méditerranéenne de Droit Public (RMDP)* ; n°04 ; L'Epitoge ; 2016 ; p. 17 et s.

¹⁸ Décision n°2019-790 DC du 1^{er} août 2019 « Loi de transformation de la fonction publique ».

Les transformations de la fonction publique : tous travailleurs ?

repérées, n'a relevé ni contrariété à la Constitution ni même une ou plusieurs réserves d'interprétation qui auraient pourtant été bienvenues et potentiellement protectrices.

LE CAVALIER DU CNESER. Le juge de la rue de MONTPENSIER n'a pas même dénoncé l'art. 33 de la Loi « DUSOPT¹⁹ » comme étant un « cavalier » législatif et ce, alors qu'il n'a manifestement rien à voir avec la transformation de la fonction publique. La disposition est en effet relative au fonctionnement du Conseil National de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche (CNESER) et aurait pour objectif officiel de renforcer la professionnalisation de la juridiction administrative spécialisée en permettant aux enseignants-chercheurs prétendument indépendants d'être présidés et jugés par un Conseiller d'Etat qui connaît – naturellement – mieux l'Université et ses contentieux qu'un universitaire. Selon, le Conseil constitutionnel, en effet²⁰ : « *la garantie de l'indépendance des enseignants-chercheurs résulte d'un Principe Fondamental Reconnu par les Lois de la République. Toutefois, ce principe n'impose pas que l'instance disciplinaire qui les concerne soit présidée par un enseignant-chercheur* » (*sic*). Posons donc la question autrement : pourrait-on voir la même chose au Conseil d'Etat présidé à l'avenir – et pour plus de professionnalisation en matière de droit public – par un universitaire ou même par un magistrat (ayant ce titre, lui) de la Cour de cassation ou des Tribunaux et des Cours Administratives d'Appel ?

ENTRE ANNONCES PARADOXALES & GILETS JAUNES. Par ailleurs, la Loi DUSOPT subit un calendrier social complexe : après les mouvements sociaux sectoriels et notamment ferroviaires, la crise dite des « gilets jaunes » a complexifié la donne. Si certains de ses porteurs manifestant ont dénoncé les gâchis publics, la plupart ont demandé plus d'actions sociales et de service public. Or, supprimer des agents et / ou les faire devenir des contractuels privés ne va pas – nécessairement et *a priori* – dans cette direction. De même, l'annonce choc d'une suppression réfléchie de l'Ecole Nationale d'Administration en ce qu'elle serait sclérosée ou sclérosante (et alors que tous ceux qui le prônent en sont issus) à de quoi étonner : l'appel à cette fin au « *premier de cordée* » Frédéric THIRIEZ²¹ pour y réfléchir et ainsi réformer la haute fonction publique promet tout autant de surprises.

BIEN LOIN DU « NOUVEAU MONDE » ANNONCE, UNE DEMOCRATIE BIEN PEU « PARTICIPATIVE ». Parmi les annonces du « nouveau monde » *macroniste*, il devait y avoir une démocratie renouvelée et toujours plus participative et inclusive. Elle se matérialise pourtant de façon bien classique et si peu disruptive : non seulement, le gouvernement renvoie (art. 55 de la Loi) à l'adoption – par ordonnances et ici encore à l'instar du Code du travail – du futur Code général de la fonction publique (annoncé depuis 1994).

Par ailleurs, si le projet normatif d'août 2019 a été divulgué une année avant son vote, la démocratie y a bien peu été participative. Certes, la décision *préc.* n°2019-790 réaffirme la constitutionnalité du principe de participation des agents publics mais précisément où sont-ils et où ont-ils été présents dans le choix managérial opéré ? Voilà pourtant les premiers concernés : un travailleur sur cinq et pourtant pour réformer leurs conditions de travail, la méthode participative et conventionnelle si louée a été oubliée. C'est unilatéralement, comme pour des sujets soumis, que l'on a réformé les fonctions publiques sous cet autre paradoxe : prétendre que demain les agents publics seront des acteurs actifs de l'action publique comme la logique contractuelle le permettrait mais le leur imposer unilatéralement.

UN COMITE PAS SI « SOCIAL » ET LAISSANT MOINS DE PLACE A LA REPRESENTATION. En ce sens, la réforme instituée des instances du dialogue social a de quoi effrayer. Le nouveau comité social (territorial pour la Fonction Publique éponyme (FPT)) fusionne en effet les anciens comités d'hygiène, de sécurité et

¹⁹ Du nom de son porteur officiel, le secrétaire d'Etat (et non ministre) chargé de la fonction publique, Olivier DUSOPT.

²⁰ § 40 de la décision n°2019-790 DC *préc.*

²¹ REROLLE Raphaëlle, « Premier de cordée » in *Le Monde* du 7 juin 2019 ; p. 20.

Les transformations de la fonction publique : tous travailleurs ?

des conditions de travail (CHSCT) et les comités techniques ce qui impliquera mécaniquement moins de représentation et de représentativité (et donc de participation) des agents au bénéfice d'une seule tête : d'un seul comité dit social et chargé de donner ses avis (sans participer réellement à la décision).

En supprimant ainsi les CHSCT, le gouvernement – délibérément – va toucher aux conditions de travail et de santé des agents publics. L'existence d'une instance spécialisée en la matière était selon nous une bonne chose non seulement en termes de représentation / participation mais aussi et surtout parce que le domaine est si sensible qu'il est important que les agents en prennent possession et défendent leurs conditions. Nul besoin d'être devin pour comprendre qu'un employeur – public ou privé – de lui-même n'a pas pour premier objectif le bien-être de ses agents.

B. Un service public oublié

LA NEGATION DES « LOIS » DE ROLLAND. En affectant les agents du service public, la Loi du 06 août 2019 touche nécessairement au service public lui-même. Or, ce dernier, nous a appris Louis ROLLAND, n'est pas régi par un véritable – plein et entier – régime juridique mais est innervé par quatre grandes « Lois » ou principes (auxquels il a donné son nom)²². C'est alors selon nous au nom, par et pour le service public à caractère industriel et commercial (SPIC) (à propos duquel il désirait démontrer qu'il s'agissait d'un « véritable » service public) que ROLLAND a rédigé celles que tous les publicistes de notre siècle nomment encore aujourd'hui les « Lois de ROLLAND ». Celles-ci sont esquissées dès la première édition du précis de droit administratif de 1926 mais surtout – explicitement – dans ses cours de doctorat²³ : « *Jamais une formule affirmant que tous les services publics sans exception sont soumis au régime juridique spécial n'a été vraie ; elle le serait de moins en moins (...). Mais un certain nombre de services publics échappent, pour la totalité ou la quasi-totalité de leurs opérations, à ces règles. Ils ne sont soumis qu'au minimum de régime spécial* ». « *Ces règles générales de conduite, ces Lois applicables, toujours et nécessairement, aux services publics sont peu nombreuses : il y en a trois : la Loi de continuité, la Loi de changement, la Loi d'Égalité* ». Par ailleurs, à ces trois principes, que ROLLAND qualifie bien de façon expresse de « Lois », l'auteur ajoutait un dernier point commun à tout service public qui en était même peut-être le plus petit dénominateur commun : une « *Loi de rattachement* » à une personne publique, révélant ce faisant la force organique et institutionnelle au cœur du service public.

UNE DIRECTION DESORMAIS POLITISÉE & PRIVATISÉE À L'ENCONTRE DE LA NEUTRALITÉ DU SERVICE. Selon l'art. 03 du statut (encore pour quelques années en vigueur) de 1983 (et art. 41 de la Loi statutaire du 26 janvier 1984 pour la seule fonction publique territoriale), les « *emplois civils permanents* » (de l'État & des collectivités & de leurs établissements) sont occupés (et non ont vocation à l'être) par des fonctionnaires (et non par des contractuels). Des exceptions se sont multipliées à ce principe depuis la fin des années 1990 et – désormais – ces exceptions vont devenir la règle sans que l'énoncé du principe ait été touché.

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

²² On reprend ici des éléments de notre *Dictionnaire de droit public interne* ; Paris, LexisNexis ; 2017 ; p. 286 et s.

²³ ROLLAND Louis, *Répétitions écrites de Droit administratif* ; Paris, Les cours de Droit ; 1941 puis 1945 ; p. 43 et s.

Les transformations de la fonction publique : tous travailleurs ?

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

Par ailleurs, ces directions nouvelles et contractuelles directement inspirées du modèle (*sic*) britannique vont favoriser la culture non du service public mais du managérat et des entreprises. Ce sont eux que l'on met en avant et qui vont ainsi accentuer les risques de pantouflages et de rétro-pantouflage en multipliant les allers-retours public / privé avec leurs carnets d'adresses et leurs conflits potentiels d'intérêt(s).

UNE NEGATION DE L'EGALITE D'ACCES AUX SERVICES PUBLICS. A travers la fonction publique territoriale (FPT) en particulier, on va par ailleurs accentuer les atteintes au principe d'Égalité d'accès aux services publics puisque chaque collectivité aura vocation – hors de concours nationaux – à choisir ses équipes et ses objectifs, ses habitudes et ses principes. Sous le sceau de la flexibilité, l'Égalité des services rendus au citoyen sera de moins en moins tangible tant les disparités – et donc les discriminations – vont s'accroître.

UNE PROMOTION DU DETACHEMENT D'OFFICE AU SERVICE DU PRIVE ! Et que dire de cette proposition hallucinante d'un détachement d'office dans le privé (institué par l'art. 76 de la Loi) ? Ce détachement permettra sous peu à la puissance publique externalisant (et poussée à le faire²⁴) ses services publics vers le privé de transférer d'office les fonctionnaires dudit service public dans la structure privée externalisée et ce, sous contrat de droit privé ! Toujours plus fort évidemment, l'agent public statutaire ne pourra *a priori* pas s'y opposer et ce, même s'il est entré en fonction publique pour le service public et non privé ! Que se passera-t-il alors si l'agent refuse ?

UNE RELEGATION DU CONCOURS COMME ANTIQUE MODE DE SELECTION DES AGENTS EN FONCTION DE LEURS TALENTS ET DE LEURS MERITES. La multiplication des contractuels va par ailleurs rejallir sur l'accès même au service public (et donc sur sa qualité et son fonctionnement). En effet, en reléguant le concours remplacé par un recrutement *intuitu personae* de plus en plus d'agents, c'est encore à l'égalité d'accès au service public que l'on va porter atteinte.

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

²⁴ On est ici à l'opposé exact de l'hypothèse consistant à ce qu'une collectivité « re municipalise » un ancien secteur concédé au privé. Dans les deux cas, en revanche s'applique *a priori* l'art. L 1214-1 du Code du travail. A son égard : « L'article L 122-12 (al. 2) du code du travail confronté au droit public » in *AJFP* ; Septembre 2006 ; p. 172 et s.

Les transformations de la fonction publique : tous travailleurs ?

recrutement par concours avec seulement une réaffirmation de l'art. 06 de la DDHC en matière d'égal accès en fonction des vertus et des talents.

La transparence va donc désormais remplacer le concours quand on souhaiterait seulement qu'elle l'accompagne comme nouvelle « Loi » du service public mais ce, sans l'effacer. Pour se convaincre des méfaits que va entraîner la multiplication des recrutements directs – même transparents et annoncés de façon publique – des nouveaux postes, il faut relire la thèse de Marcel SIBERT rédigée en 1912. Dans ses travaux²⁵, le jeune docteur soulignait l'importance – alors que les recrutements d'agents publics explosaient sous ses yeux – d'un concours égalitaire et le plus objectif possible – c'est-à-dire, précisément, le plus respectueux de l'art. 06 DDHC préc. alors que les recrutements directs, au contraire, faisaient triompher le népotisme, la subjectivité et les passe-droit(s)²⁶ : « *dans cette voie de progrès où les nations se dirigent vers un recrutement des fonctionnaires basé non plus sur l'intrigue, la faveur et l'arbitraire, mais sur le mérite des postulants* » où est donc la France ? Le concours, résumait-il²⁷ est la matérialisation de « *la conviction publique que tout s'est passé conformément au droit et à la Justice* ».

UNE NEGATION POTENTIELLE DE LA CONTINUITÉ DU SERVICE PUBLIC A TRAVERS LES NOUVEAUX CONTRATS DE PROJET. C'est l'art. 17 de la Loi de 2019 qui met en place de nouveaux CDD dits de « projet ». Or, on sait très peu de chose sur le contenu potentiel desdits projets ! Ne prend-t-on pas le risque de faire passer avant la mission et l'intérêt généraux des services publics un fractionnement de l'action publique par de tels projets ? L'avocate Lorène CARRERE²⁸ s'interrogeait en ce sens en allant jusqu'à se demander si une création de service pourrait être assimilée à un tel « projet » ? On sait simplement que tout a été hélas fait sur une voie de précarisation des agents concernés car les projets ne seront pas rangés sous l'idéal de continuité du service public mais ne dépasseront pas six années afin d'éviter toute transformation des CDD concernés en CDI.

UNE DILUTION DES SECTEURS ET DES INTERETS : PUBLICS ET PRIVÉS. Ni gauche ni droite, ni secteur public, ni secteur privé (au profit de chacun des deux derniers !), le « nouveau monde » veut brouiller les cartes et finalement ne parvient qu'à brouiller l'écoute du citoyen en diluant l'intérêt général au seul étalon des intérêts et des services privés. La dilution est telle que certains économistes ne perçoivent même plus l'intérêt général et proposent que chaque service (fût-il public) soit appréhendé comme une entreprise privée. A cet égard, Olivier BABEAU²⁹ offre un regard en partie nuancé mais très pessimiste sur ce changement de la puissance publique en puissance quasi privée.

CONSTITUTIONNALISER LES LIENS ENTRE SERVICE ET FONCTION PUBLICS. Malheureusement, tout ceci peut et va vraisemblablement arriver tant que le Conseil constitutionnel refusera d'ancrer les liens – pourtant évidents selon nous – entre service et fonctions publics. Rappelons en effet que même si le doyen DUGUIT avait affirmé³⁰ que la notion de « *fonctionnaire est intimement liée à la notion de service public* » et qu'en 1993 le Conseil d'Etat avait rendu un avis³¹ reconnaissant *a priori* la valeur constitutionnelle du lien unissant les fonctionnaires d'Etat à l'exécution d'une mission de service public, le Conseil constitutionnel – quant à lui – a toujours refusé d'établir ce même lien. Sa décision n°2012-281 QPC du 12 octobre 2012 à propos de la présence de fonctionnaires dans la nouvelle France Télécom privatisée surprend. En permettant au législateur de détacher des fonctionnaires étatiques

²⁵ SIBERT Marcel, *Le concours comme mode juridique de recrutement de la fonction publique* ; Paris, Rousseau ; 1912.

²⁶ *Op. cit.* ; p. 21.

²⁷ *Ibidem* ; p. 53.

²⁸ <https://www.lagazettedescommunes.com/>

²⁹ *Au Monde* du 22 mars 2019 ; p. 24.

³⁰ DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel* ; Paris, De Boccard ; 1930 ; Tome III, p. 7.

³¹ CE, Ass., avis, 18 novembre 1993 ; n° 355-255.

Les transformations de la fonction publique : tous travailleurs ?

dans la structure privée, le juge a simplement estimé que « *contrairement à ce que soutient le syndicat requérant, les dispositions contestées ne portent atteinte à aucun principe constitutionnel applicable aux fonctionnaires, ni à aucun droit ou liberté que la Constitution garantit* ». « Cette interprétation » constate également le professeur BLACHER³², « *dénie la valeur constitutionnelle du principe qui lie le fonctionnaire au service public et elle interroge sur le maintien du critère de l'exorbitance pour définir le droit de la fonction publique* ».

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

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

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

COMMENT NE PAS APPRECIER L'OBJECTIF DE FLEXIBILITE QUI EST A PRIORI CELUI DE MUTABILITE DU SERVICE PUBLIC ?

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

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

LA POLITISATION NEFASTE DE TOUS LES EMPLOIS : DE LA TERRITORIALE A TOUTES LES DIRECTIONS DE SERVICES. Voilà vraisemblablement le changement le plus important et le plus destructeur de la Loi ; la politisation déjà dénoncée *supra* de toutes les fonctions de direction en rendant les directeurs recrutés par contrat et dépendant désormais de façon *intuitu personae* aux chefs politiques des services dans lesquels on instaure des chaînes nouvelles de responsabilités et de dépendances plus politiques que juridiques.

L'exemple de l'art. 21 de la Loi – qui permet d'ouvrir tous les emplois (et non seulement ceux de direction) – au recrutement par contrat des communes de moins de 1000 habitants et des EPCI de moins de 15 000 habitants est effarant ! Plus petites, ces collectivités auraient besoin de davantage de flexibilités mais l'on va clairement – selon nous – recréer ce qu'Yves MENY³³ avait caractérisé de

³² BLACHER Philippe, « Le Conseil constitutionnel, gardien d'un droit public du travail ? » in *Le droit public du travail* ; op. cit ; p. 72.

³³ MENY Yves, « La République des fiefs » in *Pouvoirs* ; Paris, PUF ; n°60 ; 1992.

Les transformations de la fonction publique : tous travailleurs ?

« *Républiques des fiefs* » et ce, par l'instauration de chefs locaux tout puissant avec des serveurs davantage tournés vers l'intérêt du chef que vers celui continu du service.

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

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

Dès le mois de septembre, le ministère de l'enseignement supérieur (et de la recherche) a ainsi proposé des premières pistes de décret³⁴ mettant en œuvre la Loi de 2019 et permettant aux Universités (ce qui était déjà en partie le cas) de recourir à l'emploi contractuel débridé y compris – évidemment – d'enseignants-chercheurs. C'est la précarisation de l'Université qui s'annonce avec cette formulation adressées aux futurs et jeunes docteurs : obtenez votre doctorat après dix années ou presque d'études et ensuite, peut-être, vous proposera-t-on un contrat de deux ou trois ans.

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

DES CONTRATS NOMBREUX ET DES METHODES CONTRACTUELLES. Par ailleurs, le recours au contrat n'est pas que quantitatif. Il est aussi qualitatif car il se matérialise aussi par le recours à la méthode contractuelle proprement dite. C'est ainsi « l'esprit du contrat » que l'on invoque de plus en plus et ce, dans la Loi par exemple lorsque l'art. 27 (ou art. 17 du statut de 1983) fait de l'entretien professionnel bilatéral le *modus operandi* de droit commun en lieu et place de l'antique notation unilatérale.

Il en est de même à propos des commissions administratives paritaires (CAP) à qui échappent de plus en plus les questions individuelles comme par exemple les questions de mutation(s) (renforçant encore l'aspect contractualise entre seuls individus et non, au regard des corps et des groupes). Désormais, la CAP ne va s'intéresser qu'au collectif car, voudrait rassurer le Conseil constitutionnel³⁵, le « *principe de participation concerne la détermination collective des conditions de travail* » et non les garanties individuelles.

VERS UNE FONCTION PUBLIQUE « CANADA DRY » ? Avec le CDI de droit public désormais amplifié³⁶ par cet afflux évident de contractuels, on peut se demander que sera demain le visage morcelé de la – ou très clairement plutôt – des fonctions publiques ? Combien d'hypothèses différentes vont s'affirmer entre d'anciens statutaires, des contractuels de droit public et de droit privé et des CDI publicistes qui seront

³⁴ <https://www.acteurspublics.fr/articles/exclusif-le-projet-de-decret-sur-la-procedure-de-recrutement-des-contractuels>.

³⁵ § 9 de la décision n°2019-790 DC *préc.*

³⁶ Il existe quelques premiers travaux doctoraux sur la question mais il manque « la » thèse à réaliser sur ce domaine ; thèse que nous appelons de nos vœux.

Les transformations de la fonction publique : tous travailleurs ?

des agents de second rang ? Cette multiplicité des visages s'amplifie³⁷ et nous rappelle cette ancienne publicité pour un soda (le Canada Dry ©) qui expliquait à ses consommateurs que ledit produit avait la couleur et les aspects de l'alcool sans en être pour autant. Utilisant ce slogan, le fonctionnaire « Canada Dry³⁸ » serait un agent qui ressemble à un fonctionnaire sans l'être pourtant ce qui caractérise bien l'existence de ces CDI de droit public qui, bien que contractuels et donc non assimilables à des fonctionnaires titulaires *stricto sensu*, se retrouvent à occuper – comme les fonctionnaires précisément mais sans en avoir le titre – un emploi permanent. En outre, la jurisprudence administrative semble leur confier de nombreux droits et obligations très proches de ceux des titulaires ce qui entretient davantage encore le sentiment de confusion pour ces agents qui ont « la couleur » des fonctionnaires titulaires mais n'en sont pas ! Certes, la Haute Juridiction a solennellement et plusieurs fois rappelé qu'il était hors de question de considérer que le CDI de droit public, malgré son caractère permanent, emportait une assimilation des agents concernés aux fonctionnaires titulaires. Il s'agit là d'une opposition principielle que l'on peut, entre autres, percevoir au fil d'arrêts (tel CE, 15 juin 2012, *Etablissement public local de l'enseignement agricole de Lavaur*) ou d'avis contentieux (comme celui du CE, avis, 25 septembre 2013) selon lequel si l'employeur public a dans un premier temps placé un contractuel sur un emploi permanent et qu'un fonctionnaire titulaire peut occuper ledit emploi, le contractuel doit obligatoirement céder sa place (et donc être écarté) car il ne peut « *tenir de son contrat le droit de conserver l'emploi pour lequel il a été recruté* ».

Même, renchérit le Conseil d'Etat, malgré la « *permanence potentielle* » de son affectation à un emploi, l'agent en CDI ne peut conséquemment « *tenir de son contrat le droit de conserver l'emploi pour lequel il a été recruté* » (CE, 18 déc. 2013, *Ministre de l'Education nationale*). Une ambiguïté ou un sentiment de flou naît cependant lorsque l'on examine plus précisément la jurisprudence (et notamment celle du CE, 28 décembre 2013). Il ressort en effet de cette décision que les agents en CDI doivent parfois voir leur situation assimilée à celle de fonctionnaires titulaires ! Il résulte ainsi d'un principe général du droit qu'il incombe à l'administration, avant de licencier un agent en CDI, de « *chercher à reclasser* » l'intéressé à l'instar des fonctionnaires dont l'emploi serait supprimé. Autrement dit, le CDI n'est pas officiellement un fonctionnaire mais il en a certains aspects caractéristiques. De là à le qualifier de « fonctionnaire Canada Dry », il n'y a donc qu'un pas : « Ça ressemble à un fonctionnaire titulaire, ça jouit de certaines de ses prérogatives... mais c'est toujours un contractuel » ! Au côté de notre collègue le professeur JEAN-PIERRE³⁹, on pourra alors s'en inquiéter car « *au nom d'un pseudo-principe d'équivalence le fonctionnaire* » tend à être traité « *comme un salarié comme les autres* » ce qui nécessairement va affecter l'identité même des fonctions publiques et la nier. Or, même si elle ne se manifeste effectivement pas à tout instant, cette identité propre existe et le fonctionnaire n'est pas et ne doit pas être un salarié comme les autres de la même manière que les employeurs publics et privés ne se confondent pas.

LA FIN DU STATUT ? C'est ce que nous croyons et déplorons : le statut va non être totalement détruit mais vraisemblablement devenir une « peau de chagrin » à la BALZAC et, tant que le Conseil constitutionnel refusera d'ancrer le statut dans la Constitution, il sera toujours possible de déroger – par la Loi – autant à l'art. 3 dit principiel et réservant les emplois permanents aux seuls statutaires. Cela dit, comment oser maintenir un tel principe autant de dérogations désormais qualitatives et quantitatives ?

³⁷ On revient ici sur la définition donnée au *dictionnaire préc. de droit public interne*.

³⁸ « Collaborateurs de groupes d'élus : les conditions de licenciement précisées. CDI de droit public : du contentieux des « contrats JOURDAIN » aux « fonctionnaires Canada Dry » » ; commentaire sous CE, 06 novembre 2013, Département du Haut-Rhin » in *JCP A* ; n°22 ; 02 juin 2014 ; obs. n°2169.

³⁹ JEAN-PIERRE Didier, « Une fonction publique sans fonctionnaires ? » in *JCP A* ; 2011, n°2170.

Les transformations de la fonction publique : tous travailleurs ?

Le gouvernement se veut pourtant rassurant ainsi qu'en témoigne la production de ses observations préalables à la décision du Conseil constitutionnel⁴⁰ : ces nouvelles mesures législatives pro contrat n'auraient en effet pas « pour effet d'ouvrir la « quasi-totalité » des emplois civils permanents de l'Etat aux agents contractuels » et l'exécutif en donne deux arguments paradoxaux. D'abord, il rappelle qu'avant la Loi du 06 août moins de 20% « seulement » d'emplois publics seraient occupés par des contractuels (le chiffre avancé est celui de 18% mais d'autres estiment qu'il est à 19 ou 21 % en fonction des critères retenues). Or, dit l'exécutif, cette part contractuelle « restera minoritaire ». Il est cependant évident qu'avec un taux actuel de près de 20% et avec les mesures instituées, nous arriverons très vite au seuil des 30 à 45 % ce qui est « substantiel » au sens de la jurisprudence administrative par exemple.

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

Par suite, le gouvernement s'arme de mauvaise foi et veut tenter de comparer les situations. Il explique alors que nos 18% de contractuels sont bien faibles au regard des 85 % italiens et des 92% britanniques. Sauf que faisant état de ces chiffres, le gouvernement ne rappelle pas que ces deux pays ont précisément voulu supprimer leur fonction publique ce qui rend la comparaison impossible ou perverse car aucun de ces deux pays n'a l'équivalent de l'art. 03 de notre statut. C'est ainsi presque comme si on disait que dans le Sahara il y a peu d'inondations... C'est factuellement vrai cela dit mais la comparaison est idiote ou de mauvaise foi.

B. La négation de l'histoire

D'UNE MORT, L'AUTRE. A titre personnel, je suis certain de me souvenir de la date de cette Loi de pré-mise en bière du statut de la fonction publique car elle correspond à un autre enterrement : celui du doyen FOUCAULT (24 octobre 1799 ; 06 août 1860). Or, ce n'est pas uniquement pour le plaisir de le citer que j'invoque ici son patronyme et son autorité doctrinale.

En effet, FOUCAULT, dès 1850 a proposé parmi les premières théorisations⁴¹ du droit des fonctions publiques en insistant sur l'opposition entre :

- des employés des basses fonctions publiques nommés « fonctionnaires contractuels » et recrutés par contrats qualifiés de « mandats de fonctions publiques » ;
- et des agents (plutôt des hautes fonctions publiques) souvent nommés ou recrutés par concours et traduisant un « besoin permanent et d'intérêt général » au sein des services publics ; dans le « cadre permanent » de ceux-ci.

Bien sûr, ce n'est pas la *Théorie juridique de la fonction publique* qu'Henry NEZARD offrira dans ses travaux de doctorat de 1901 (Paris, Larose) mais un demi-siècle les sépare. Et, dès FOUCAULT l'opposition entre des fonctionnaires contractuels majoritaires et quelques hauts fonctionnaires nommés (on ne disait pas alors statutaire) se faisait déjà jour.

Or, quiconque connaît l'histoire de la fonction publique antérieure à 1983 et à 1946 est conscient non seulement du retour programmé annoncé au « fonctionnaire contractuel » mais encore à son dépassement puisque, dès 2019, même les hautes fonctions publiques de direction ont été contractualisées.

⁴⁰ Accessibles en ligne sur le site institutionnel de la Juridiction ; au point 3.1 *in fine*.

⁴¹ En ce sens : TOUZEIL-DIVINA Mathieu, *Un père du Droit Administratif moderne, le doyen FOUCAULT (1799-1860) ; Eléments d'histoire du droit administratif* ; Paris, LGDJ ; 2020 ; § 259 et s. et § 282 et s.

Les transformations de la fonction publique : tous travailleurs ?

NE PAS SOUS-ESTIMER L'HISTOIRE RECENTE EGALEMENT. La faculté que nous avons à oublier l'instant d'avant – sans même remonter à l'histoire – est propre à notre société contemporaine. Pourtant, avec un peu de mémoire, il est facile de démontrer que ce que le gouvernement MACRON a ici effectué n'est autre que le rêve vain de plusieurs programmes de la droite française depuis vingt années : faire du contrat – de droit privé – le nouveau ou futur socle de la fonction publique française. Dès 1987, la Loi dite GALLAND avait opéré un premier recul et – en 2003 – on s'en souvient le Conseil d'Etat était venu en soutien manifeste au projet. Un rapport de l'institution y indiquait en effet, relève Anicet LE PORS⁴², vouloir : « *faire du contrat une source autonome du droit de la fonction publique* ». En 2007, à Nantes, le Président SARKOZY disait de façon toujours plus explicite⁴³ son désir de « *faire sa place au contrat de droit privé de gré à gré* ». Le rêve (qu'avait également caressé en partie le rapport SILICANI) devient donc réalité.

TITRE MINISTERIEL. De 1986 à 2005 sans discontinuité la fonction publique a impliqué un ministère de plein exercice. De 2007 à 2012, en revanche, ce sont des secrétaires d'Etat qui ont assuré la fonction et ce, sous la tutelle du ministre du Budget. Alors qu'entre 2012 et 2017, on a retrouvé des ministres, le gouvernement actuel a de nouveau fait appel à un simple secrétaire d'Etat attaché au ministère des comptes publics faisant bien apparaître à quel point la question de la fonction publique est devenue pour ce gouvernement une variable d'ajustement comptable.

L'HISTOIRE EN MARCHE C'EST AUSSI L'EUROPEANISATION DES FONCTIONS PUBLIQUES. On le sait, les fonctions publiques françaises offrent donc un retour au « *fonctionnaire contractuel* » d'avant 1940 à l'instar de la jurisprudence CE, 26 janvier 1923, *Gustave DE ROBERT LAFREGEYRE* par exemple mais ce mouvement est parallèle à celui qui tend à rapprocher la France de la situation européenne. Les droits européens (Union Européenne & CEDH) ont effectivement depuis longtemps déjà indiqué leurs conceptions très restrictives des emplois publics réservés aux (hautes) fonctions publiques et c'est la démarche qu'a notamment adopté l'Italie en réservant le statut aux plus hauts agents considérés comme incarnant les prérogatives de puissance publiques⁴⁴ : ces « *emplois qui comportent une participation, directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique, et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques* ».

Le sachant, certains requérants devant le Conseil constitutionnel ont demandé à ce que le juge proclame un nouveau PFRLR relatif aux fonctions dites régaliennes et que seuls des statutaires pourraient incarner. Toutefois, a répondu le Conseil, il ne s'agit nullement d'un principe constitutionnel⁴⁵ car le statut de 1946 serait le premier à avoir connu la fonction publique moderne empêchant toute reconnaissance de PFRLR. Ceci va permettre au gouvernement⁴⁶ de faire ce qu'il veut et en toute tranquillité sauf à faire rapidement rentrer quelques-uns des principes républicains de la fonction publique dans la Constitution ce que nous appelons, là encore, de nos vœux.

On rappellera, cela dit, que le premier véritable statut de la fonction publique n'est pas celui du 19 octobre 1946 mais, sous Vichy, celui de la Loi du 14 septembre 1941⁴⁷ (mais l'on entend bien que le caractère républicain de l'Etat français de PETAIN pose ici soucis).

⁴² Au quotidien *L'Humanité* du 14 mai 2019.

⁴³ Cité par Anicet LE PORS au colloque *Fsu préc.*

⁴⁴ Au sens par exemple des célèbres décisions de la CEDH en date du 08 décembre 1999 (*PELLEGRIN*) (Rec. 1999-VIII) et de la CJCE du 17 décembre 1980 (*Commission c/ Royaume de Belgique*) (aff. C-149/79 ; Rec. p. 3881).

⁴⁵ § 36 de la décision n°2019-790 DC *préc.*

⁴⁶ Qui s'en réjouit aux observations *préc.* préalables à la décision n°2019-790 DC ; au point 3.2.

⁴⁷ MARTIN Marcel, *La fonction publique ; étude de droit public comparé : France, Allemagne, Angleterre, Belgique* ; Paris, Sirey ; 1943.

Les transformations de la fonction publique : tous travailleurs ?

Revenons-cela dit aux droits européens. Un exemple récent (CJUE, 20 juin 2019) nous offre un topique témoignage⁴⁸ de l'appréhension européenne des agents publics démontrant que ces droits gommant toujours plus les différences entre travailleurs publics et privés ; ce dont témoigne l'arrêt précité même s'il ne remet en cause ni l'existence même d'une fonction publique ni la possibilité de traitements différenciés justifiés. Précisément, c'est ce dernier point qui va ici, au nom de l'Égalité des travailleurs, être matérialisé. En l'espèce, un enseignant contractuel de droit public était engagé par la puissance publique espagnole depuis 2007 et avait demandé, du fait de son ancienneté, à bénéficier du même complément de rémunération que celui que perçoivent les professeurs fonctionnaires avec une telle ancienneté. Le tribunal administratif de Pamplona, saisi de la question, n'a pas voulu répondre directement que les deux agents étaient dans des situations distinctes (l'une contractuelle et l'autre statutaire) justifiant une différence de traitement et a préféré, au regard notamment de l'accord cadre sur le travail à durée déterminée (18 mars 1999 en annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999), saisir la CJUE d'un renvoi préjudiciel.

Ainsi sollicitée, la Cour a rendu un arrêt dans lequel elle souligne que le complément financier perçu par les fonctionnaires ne serait dû – objectivement – qu'en regard à la présence de l'agent dans son grade et non en fonction de sa situation statutaire subjective. Assimilant alors – comme si la différence ne se faisait pas – le grade à l'emploi (ce qui est désormais classique dans les conceptions européennes de fonction publique), la CJUE en déduit que rien ne différencie les situations du contractuel (de droit public) et du statutaire au regard de la durée d'occupation dans l'emploi et qu'il ne s'agit donc pas d'une rémunération « *personnelle, inhérente au statut de fonctionnaire* » ce qui « *constituerait une condition subjective en vue de son octroi* ». Comme le résume le communiqué de presse officiel de la juridiction, la Cour « *estime que l'accord-cadre s'oppose à l'octroi, par une réglementation nationale, d'un complément de rémunération aux enseignants employés en tant que fonctionnaires statutaires, en excluant les enseignants employés en tant qu'agents contractuels de droit public à durée déterminée, si l'accomplissement d'une certaine période de service constitue la seule condition d'octroi de ce complément* ». En conséquence, la CJUE met-elle en avant la notion de « condition d'emploi » qui tend à faire oublier celle de « grade » et en tout cas à la minimiser. Or, comme la Cour relève que, selon le tribunal espagnol même, il n'existerait « *aucune différence entre les fonctions, les services et les obligations professionnelles assumés par un professeur fonctionnaire et ceux assumés par un professeur agent contractuel de droit public* », il lui est facile d'affirmer qu'il n'existe aucune justification objective à la différence financière constatée. La nature temporaire du contrat n'étant pas une « raison objective » selon l'accord-cadre, la position et l'esprit statutaires des fonctionnaires sont comme inexistantes. Il y a pourtant une différence simple : l'un des deux est un fonctionnaire !

Ni plus ni moins, la CJUE nie ici la spécificité de l'emploi public statutaire en clamant (comme le fait le juge espagnol) qu'il n'existe pas de distinction – y compris dans les obligations et les fonctions – entre un fonctionnaire et un contractuel de droit public. Le pas suivant est déjà entrevu : il ne sera peut-être plus estimé de différence entre un contractuel de droit privé et celui de droit public. Et pourtant, les obligations statutaires d'un fonctionnaire ne sont pas exactement celles d'un contractuel, fut-il de droit public.

NE PLUS COMPARER CE QUI N'EST PAS COMPARABLE. Voilà le piège que connaissent tous les historiens et les comparatistes : certains éléments, parce qu'ils sont d'une nature ou d'une essence si distincte, ne doivent et ne peuvent pas être comparés.

⁴⁸ CJUE, 20 juin 2019, Daniel USTARIZ AROSTEGUI c/ Departamento de Educacion del Gobierno de Navarra (C-72/18) avec nos obs. : « Fonctionnaires & contractuels de droit public : plus de différences quand le grade devient l'emploi ? » au JCP A.

Les transformations de la fonction publique : tous travailleurs ?

Rappelons en effet ce qui est selon nous la base même du statut de fonction publique : son cœur. Les agents publics n'ont pas vocation à faire fortune car - précisément - ils entrent dans la carrière à l'instar de ministres du culte : en « vocation » pour l'intérêt général qu'on appelait autrefois le « bien commun ». Cet état implique trois conséquences fortes mais que l'on oublie trop souvent :

- d'abord, les agents publics statutaires ne reçoivent pas de salaire mais un traitement ; celui-ci est une indemnité unilatéralement fixée en récompense de l'engagement pour l'intérêt général ;
- ensuite la pension de retraite reversée après l'activité n'est conséquemment pas le fruit de cotisations mais ici encore un dû de la société qui récompense l'engagement ;
- enfin s'il y a évidemment des points communs entre les travailleurs publics et privés ; le moteur de chaque « travail » identifié est fondamentalement distinct et peu comparable car l'intérêt privé n'est pas l'intérêt public général.

C'est ce qui fait qu'un statuaire n'est pas centré sur la réalisation d'un contrat individuel mais sur une mission qui le dépasse et qu'il incarne : celle du service public. On a coutume de citer sur ces questions Michel DEBRE lorsqu'il exprimait que l'Etat (mais cela vaut aussi pour les deux autres fonctions publiques) « *n'est pas un employeur comme un autre* » et que « *c'est un honneur de servir la Nation* » (Au service de la Nation, Stock, 1963). C'est exactement ce que nous croyons et que nous demandons.

En conclusion, nous ne dirons pas (car nous ne le pensons pas) que les moyens du droit et du secteurs privés sont nécessairement mauvais et incompatibles avec la fonction et le service publics. On le sait, la travaillisation a également des éléments très bénéfiques pour les travailleurs publics et l'on pense que le but ultime, au nom des travailleurs, est la mise en place d'un socle commun : un droit des travailleurs⁴⁹ (et non du travail) qui, par suite, impliquerait quelques ajustements selon les secteurs public et privé. Toutefois, dans le cadre d'un SPA en particulier (et non d'un SPIC), cessons de comparer l'incomparable et ne demandons pas aux intérêts privés de devenir publics. Si le secteur privé ne s'intéresse pas (à part quelques philanthropes) de lui-même aux droits sociaux, aux personnes handicapées, aux enfants, etc. Cette solidarité existe et doit exister par le service public et par ses agents dédiés.

Vive le service public !



Salle du conseil Gabriel Marty - Arsenal

RENSEIGNEMENTS & INSCRIPTIONS : ifr@ut-capitole.fr
21 allée de Brienne - Toulouse

Cycle de conférences validé au titre de la formation continue des avocats - Ouvert à tous

⁴⁹ « Un droit des travailleurs publics et privés » in *13 paradoxes en droit du travail* ; Paris, Lamy ; 2012 ; p. 463 et s. La distinction entre droit du travail et droit des travailleurs n'est pas que symbolique. Elle revient d'ailleurs à celle qu'opérait autrefois par exemple Georges SCHELLE lorsqu'il expliquait pourquoi son ouvrage de droit du travail s'appelle « droit ouvrier » et non « législation du travail ». Cf. *Le droit ouvrier* ; Paris, Colin ; 1929.