

Logique contractuelle contre logique statutaire : doit-on dénoncer l'extension de la logique contractuelle dans les fonctions publiques ? En droit du travail, dans lequel les règles d'ordre public attachées au statut de salarié sont en encore très présentes, on a parlé de renouveau du contrat de travail dans les années 80. Ce renouveau a permis de redonner sa place au consentement dans la relation de travail. Plus particulièrement de redonner sa place au consentement du salarié sur les éléments essentiels de la relation de travail. Autrement dit, l'employeur ne peut modifier unilatéralement ce qui touche au cœur de la relation de travail, notamment la rémunération, la qualification, la durée du travail, le lieu de travail dans le même secteur géographique, etc.

On a même parlé de capacité du salarié à résister, c'est-à-dire qu'il peut valablement renoncer à une modification du contrat proposée par l'employeur. C'est alors en principe à l'employeur de renoncer à son projet de modification du contrat, le refus du salarié ne constituant pas une faute du salarié, mais l'exercice de sa liberté contractuelle.

Avec l'extension de la logique contractuelle dans les fonctions publique, faut-il alors se réjouir pour les agents publics (contractuels) de voir leur capacité de résistance renforcée par la figure du contrat ?

Néanmoins, il faut noter d'emblée qu'en droit du travail, la capacité de résistance du salarié réside pour l'essentiel dans le droit du licenciement et le contrôle du juge sur le licenciement d'un salarié qui a refusé de voir l'un de ses éléments essentiels modifiés. En somme, la capacité de résistance par le jeu du contrat passe par l'articulation avec les règles d'ordre public, celle de la rupture du contrat (licenciement et prise d'acte) en particulier, qui déclenche le contrôle éventuel du juge sur les actions de l'employeur.

Cette capacité de résistance du salarié est méthodiquement sapée par touches successives, réforme après réforme (affaiblissement du juge - en particulier du juge judiciaire, moins discipliné que le juge administratif). La réforme de la fonction publique de 2019 reprend certaines de ces dernières évolutions pour les appliquer aux agents publics. Elles reprennent clairement le volet flexibilité des réformes du candidat Macron (le volet sécurité, pour les travailleurs devait être inclus dans la réforme du chômage notamment - mais les propositions ont été jugées trop coûteuses... et abandonnée).

La question est alors, dans une démarche de prospective et de première approximation, de s'interroger sur la transplantation d'un dispositif de droit du travail aux droit des fonctions publiques. Tout en ayant à l'esprit que c'est le gouvernement et son administration qui tient la plume pour déterminer les règles qui viendront limiter son ... propre pouvoir d'employeur.

Certains gouvernements dans le passé avait pourtant eu l'ambition de faire de l'employeur public un modèle d'employeur. Aujourd'hui les rôles semblent inversés ou plutôt la réforme vise peut être à aller plus loin que ce que l'on peut faire dans le privé. La réforme de 2019 introduit une nouvelle figure contractuelle : le contrat de projet ou d'opération (1). La réforme touche également au contrat à durée déterminée (2).

1. L'exemple du contrat de projet ou d'opération

Le législateur évite soigneusement de reprendre l'appellation patronale du « contrat de mission » voulu par le MEDEF, mais en substance c'est la revendication patronale qui est reprise ici et qui a existé dans un secteur particulier le contrat de chantier dans le BTP (qui est utilisé mais pas autant que ce que les premiers promoteurs avaient affichés...). L'idée essentielle est que le contrat se termine lorsque le chantier/l'opération/le projet est terminé, sans avoir à justifier d'un licenciement.

Cette revendication patronale a ensuite été transposée dans l'une des ordonnances dite Macron de septembre 2017 en droit du travail.

Néanmoins, la transposition dans les droits des fonctions publiques c'est faite avec certaines adaptations substantielles par rapport au droit du travail. Nous pouvons déceler plusieurs différences.

Première différence entre le droit du travail et Les fonctions publiques : en droit du travail le recours à ce type de contrat est conditionné à une autorisation par une convention collective de branche (c'est l'un des 13 domaines de compétences où la convention collective de branche prévaut sur un accord d'entreprise sauf si celui est "assure des garanties au moins équivalentes" - souvent dénommé bloc 1). Dans les fonctions publiques, le recours à ce type de contrat n'est pas conditionné à l'autorisation d'une convention collective et échappe au dialogue social et aux propositions ou contre propositions des organisations syndicales. La réforme de 2019 ouvre la faculté de recourir aux contrats de projet ou d'opération à la seule volonté des employeurs publics.

Sur le régime de ce type de contrat, il existe également de substantielles différences.

Reprenons ce que la loi impose aux conventions collectives de branche de prévoir (obligation à l'article L. 1223-8 du code du travail) :

1° La taille des entreprises concernées ;

En droit du travail, la convention collective de branche doit déterminer les entreprises, en fonction de leur taille, qui peuvent recourir à ce type de contrat. Aucune restriction équivalente n'existe dans la réforme 2019, ce qui ouvre ce type de contrat à tous les employeurs publics, quelque soit leur taille.

2° Les activités concernées ;

La convention de branche doit déterminer pour quel poste ou métier ce type de contrat est ouvert. Il n'existe pas de telle limitation dans la réforme de 2019 pour les fonctions publiques, c'est à la discrétion des administrations. Cependant, le juge administratif exercera certainement un contrôle minimal sur l'adéquation des compétences de l'agent recruté et l'opération/projet.

3° Les mesures d'information du salarié sur la nature de son contrat ;

Ces informations permettent au salarié de connaître les conditions de son emploi et ce à quoi il s'engage. En matière de fonction publique, rien est indiqué dans la nouvelle loi.

4° Les contreparties en termes de rémunération et d'indemnité de licenciement accordées aux salariés ;

La réforme de 2019 ne prévoit là aucune obligation pour les administrations. C'est pourtant ici que les éventuels avantages des salariés peuvent se loger.

Le régime de licenciement n'est pas invoqué dans le régime des fonctions publiques: il n'y a pas d'indemnité à la fin du contrat - juste un délai de prévenance.

Notons que précédemment, dans la convention collective du BTP, pour les contrats de chantier y'a une obligation de reclassement, c'est-à-dire qu'à la fin du chantier, l'employeur doit rechercher s'il ne peut pas envoyer le salarié sur un autre chantier...

Cette obligation de reclassement réside à l'origine sur une obligation contractuelle de loyauté... visiblement cette notion civiliste est si ancienne qu'elle est oubliée en droit du travail et des fonctions publiques...

5° Les garanties en termes de formation pour les salariés concernés ;

Rien est mentionné non plus dans la réforme de 2019, mais les garanties des agents publics figurent certainement dans le droit à la formation tout au long de la vie et les réformes récentes de la formation professionnelle dans les fonctions publiques.

6° Les modalités adaptées de rupture de ce contrat dans l'hypothèse où le chantier ou l'opération pour lequel ce contrat a été conclu ne peut pas se réaliser ou se termine de manière anticipée.

Ces modalités doivent être précisées dans un décret ultérieur.

On voit que sur le peu de chose sur lesquels les partenaires sociaux, en droit privé doivent se mettre d'accord et apporter un minimum de garanties au salarié, n'est pas intégralement repris dans les fonctions publiques.

Le MEDEF en a rêvé, le gouvernement l'a fait... mais pour lui même. L'employeur (public) modèle a décidément changé de patron... auquel se comparer...

2. Le CDD

Sur le CDD je voulais revenir sur deux choses rapidement

Sur la durée:

est-il encore acceptable que le législateur français puisse publier une loi qui prévoit des CDD jusqu'à 6 années successives en poste, alors que le droit de l'UE précise selon clause 5, 2° de l'accord-cadre sur les CDD qu'il faut prévenir les abus au regard de "la durée maximale totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs ;" ... la France n'a pas de dispositif de sanction efficace contre ce type d'abus... car ils sont couverts par la législation (double violation du droit de l'UE)...

Sur la prime de précarité :

Note positive: enfin une prime de précarité en droit des fonctions publiques... mais il faut attendre 2021 et le décret d'application pour apprécier les véritables ambitions du gouvernement pour les travailleurs les plus précaires...