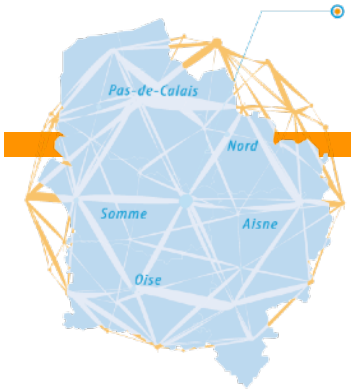

CDG
DES HAUTS-DE-FRANCE

Conférence Régionale pour l'Emploi Territorial

Vendredi 15 novembre 2019

« Les agents publics de demain »

LIVRET DES PARTICIPANTS

Documents partagés avec l'aimable autorisation de

LA SEMAINE JURIDIQUE
Edition administrations et collectivités territoriales
n°29 - 22 juillet 2019

Conférence Régionale pour l'Emploi Territorial Vendredi 15 novembre 2019

« Les agents publics de demain »

Au programme

Nos intervenants

Anicet le Pors
Ministre de la fonction publique et des réformes administratives (1981-1984), Conseiller d'État honoraire

Emilie Agnoux
Directrice de la transformation et du dialogue social de l'EPT Paris Sud Est Avenir, membre fondatrice de l'association des jeunes agents publics FP21

Séverine Bellina
Chercheuse-consultante, spécialiste des questions d'action publique

Jean-François Boudet
Maître de conférences HDR, Droit public, Sorbonne Paris Cité, Université Paris Descartes (CMH)
Collaborateur scientifique à l'Université Catholique de Louvain et à l'Université de Liège

Bruno Collignon
Président de la Fédération Autonome de la Fonction Publique (FA-FP) et de la FA-FPT

Marie Godard
DGA Innovation, Ressources Humaines, Usages Numériques et Moyens généraux, Paris Habitat

Jean-Claude Vanlandeghem
Secrétaire général du syndicat CFDT des communaux et OPH du Nord

Matin

9h15 - 9h45 - Accueil des participants

9h45 - 10h00 - Ouverture institutionnelle par Marc Godefroy, Président du Cdg59

10h00 - 10h40 - Tendances de l'emploi territorial

En s'appuyant sur les données de l'observatoire régional de l'emploi public alimentées et analysées par les Centres de gestion des Hauts-de-France, retour sur la situation de l'emploi dans les collectivités territoriales, les tendances nationales et focus sur des thématiques d'actualité, notamment sur les enjeux de prévention.
Séquence présentée par Mathilde Icard, Directrice générale du Cdg59, avec la participation de Charlotte Lecocq, députée du Nord.

10h40 - 12h15 - Conférence inaugurale par M. Anicet Le Pors, Ministre de la fonction publique et des réformes administratives (1981-1984), Conseiller d'État honoraire

En 1983, M. Anicet Le Pors, secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre, chargé de la fonction publique et des réformes administratives, présentait au Parlement le projet de loi portant droits et obligations des fonctionnaires, ensemble de mesures concernant la partie de l'activité nationale « où s'organisent les tâches les plus nobles et les plus difficiles de notre société parce qu'elles ont l'intérêt général comme finalité » (Assemblée nationale, 3 mai 1983). 36 ans après l'adoption du statut de la fonction publique et quelques semaines après l'adoption de la loi de transformation de la fonction publique, quel rôle de la fonction publique dans l'évolution de la société ? quel avenir pour les agents publics ? M. Anicet Le Pors livrera sa vision du rôle progressiste pour la fonction publique.
Le débat sera animé par Séverine Bellina, chercheuse-consultante, spécialiste des questions d'action publique

Midi

12h15 - 13h45 - Déjeuner servi par une entreprise d'insertion
13h45 - 14h00 - Clin d'oeil artistique

Après midi

14h00 - 15h00 - Recruter, manager et fidéliser les nouvelles générations

Les employeurs observent une baisse de l'attractivité des métiers de la fonction publique. Or, l'avenir de la fonction publique doit se construire avec les nouvelles générations. Quels sont les enjeux pour les jeunes agents publics ? Les nouvelles générations se retrouvent-elles dans les valeurs traditionnelles du service public telles que l'intérêt général, l'égalité... ? Le modèle actuel est-il adapté ?
Table ronde animée par Séverine Bellina
Emilie Agnoux, Directrice de la transformation et du dialogue social de l'EPT Paris Sud Est Avenir, membre fondatrice de l'association des jeunes agents publics FP21
Avec la participation de jeunes agents publics

15h00 - 16h15 - Le dialogue social à l'épreuve des transformations : comment relever les défis, quels rapports à l'engagement ?

De nouvelles possibilités de négociations au niveau local, des instances modifiées… : le cadre du dialogue social évolue avec de nouveaux outils juridiques. Le triptyque employeur/agents/organisations syndicales est également en transformation. Cette table ronde permettra de croiser les regards autour du dialogue social, pilier fondamental de la légitimité de l'action publique, et de son avenir.
Table ronde animée par Mathilde Icard
Jean-François Boudet, Maître de conférences HDR, Droit public, Sorbonne Paris Cité, Université Paris Descartes (CMH)
Bruno Collignon, Président de la Fédération Autonome de la Fonction Publique (FA-FP) et de la FA-FPT
Marie Godard, DGA Innovation, Ressources Humaines, Usages Numériques et Moyens généraux, Paris Habitat
Jean-Claude Vanlandeghem, secrétaire général du syndicat CFDT des communaux et OPH du Nord

16h15 - 16h30 - Synthèse analytique

Les Centres de gestion des Hauts-de-France

Documents partagés avec l'aimable autorisation de

LA SEMAINE JURIDIQUE
Edition administrations et collectivités territoriales
n°29 - 22 juillet 2019

Sommaire

- Quelle(s) gestion(s) des contractuels en ressources humaines dans la fonction publique ?
- Questionnement autour de la gestion des contractuels dans la fonction publique
- La gestion des contractuels en ressources humaines dans la fonction publique d'Etat
- La gestion des contractuels en ressources humaines dans la fonction publique territoriale
- La gestion des contractuels en ressources humaines dans la fonction publique hospitalière

2225 Quelle(s) gestion(s) des contractuels en ressources humaines dans la fonction publique ?

« Tous les citoyens 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 » (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. VI).

NOTE

Il était de coutume d'affirmer sous une forme proverbiale que l'on entrait dans la fonction publique comme l'on entrait en religion. À ce sujet, Roger Grégoire, conseiller d'État et premier directeur de la fonction publique française pouvait définir en 1954 la fonction publique comme « l'ensemble des personnels qui incarnent l'Administration ». Mettant à juste titre en évidence les femmes et les hommes qui font de l'État une institution habitée et agissante, cette définition demeure tout à fait actuelle.

Cette conception de la fonction publique a cependant changé en un demi-siècle de telle sorte que la fonction publique est devenue un des milieux les plus contestés à l'échelle internationale et est traversée par des transformations profondes, conséquences des réformes inspirées par le nouveau management public. Cette remise en cause, sous la forme de questionnements juridiques, sociaux, culturels ou symboliques – pensons à l'image du fonctionnaire véhiculée par les humoristes dans la société – amène aujourd'hui à s'interroger sur le caractère indissociable de la fonction publique à l'État et plus globalement sur les dynamiques managériales appliquées dans la fonction publique depuis les années 1980. En effet, décrié en ce qu'il ne permettrait pas un contrôle suffisant des « performances » des fonctionnaires, le système de la carrière a été battu en brèche dans plusieurs pays, tels le Canada, l'Islande, la Nouvelle-Zélande, le Royaume-Uni ou encore la Suisse pour se rapprocher du système de l'emploi (il convient de rappeler que ce système de la carrière s'appuie historiquement sur le principe selon lequel les fonctionnaires sont destinés à passer leur vie professionnelle dans la fonction publique et y à occuper plusieurs postes. Il distingue en outre, très nettement et de longue date, les fonctions politiques des fonctions administratives. Par contraste, le système de l'emploi a longtemps primé aux États-Unis et permet au fonctionnaire recruté pour occuper un emploi précis d'être rémunéré sur la base de ce poste plutôt que de son ancienneté. Par ailleurs, le contrôle politique des embauches y est prégnant avec l'institutionnalisation du *spoil system* permettant au président de recruter les fonctionnaires fédéraux après avoir congédié ceux associés à son prédécesseur. Visant l'équilibre des finances publiques, ces réformes ont en outre eu pour effet de diminuer les effectifs de la fonction publique. La France a embrassé plus tardivement ce mouvement et les effectifs de la fonction publique de l'État ont diminué depuis la fin des années 1990.

En imposant le principe comptable de la fongibilité asymétrique, l'article 7 de la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001 (LOLF) permet à un gestionnaire d'utiliser des crédits pour des dépenses pour lesquelles elles n'étaient pas prévues à l'intérieur d'un programme, mais sans qu'il lui soit possible d'accroître les crédits de personnel en utilisant des crédits prévus pour d'autres natures de dépenses.

Par suite, en se fixant comme objectif une progression des dépenses publiques deux fois moins rapide que durant les 10 dernières années, soit une progression d'environ 1 % en volume chaque année, la révision générale des politiques publiques (RGPP), telle qu'annoncée le 20 juin 2007, consistait en une analyse des missions et actions de l'État et des collectivités locales, suivie de la mise en œuvre de scénarios de réformes structurelles, avec comme buts la réforme de l'État, la baisse des dépenses publiques et l'amélioration des politiques publiques. Parmi celles-ci, le non-remplacement d'un départ à la retraite sur deux dans la fonction publique devait permettre de faire baisser les dépenses de personnel de l'État (ceci étant, la règle du « un sur deux » n'est pas la panacée annoncée, ne serait-ce que parce que les départs à la retraite ont diminué de 70 000 par an en moyenne à 40 000 vers 2014-2015, du fait de l'augmentation des durées de cotisation et du recul de l'âge de la retraite). La crise économique de 2008 est passée par là et le résultat escompté n'a pas été sérieusement au rendez-vous (d'autant qu'en parallèle les effectifs des autres fonctions publiques n'ont pas baissé).

Si la Modernisation de l'action publique (MAP) avait également pour but, à moyen terme, la réforme de l'État, la baisse des dépenses publiques et/ou l'amélioration des politiques publiques, cette action a été menée dans le cadre de deux structures publiques créées en 2011-2012 (la Direction interministérielle pour la modernisation de l'action publique et le Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique) et a laissé une place secondaire aux questions liées à la fonction publique pour promouvoir davantage une reconfiguration de l'action publique (notamment par le biais du numérique).

Composé d'une trentaine de personnalités issus des secteurs public et privé ou du monde associatif et politique, le Comité action publique 2022 (CAP 2022) a été chargé par le Gouvernement depuis octobre 2017 de réfléchir à une réforme des missions de l'État en France. Son travail s'inscrit plus particulièrement dans le contexte de la promesse présidentielle de suppression de 120 000 postes de fonctionnaires ainsi que dans l'objectif d'une baisse de 4 points de la part de la dépense publique dans le PIB d'ici 2022. Le thème central introduit est celui de « *la transformation du service public* » : « *Améliorer la qualité des services publics, offrir un environnement de travail modernisé aux fonctionnaires et maîtriser les dépenses publiques en optimisant les moyens. Voilà les objectifs du programme.* » (*www.modernisation.gouv.fr/laction-publique-se-transforme/avec-les-administrations-et-les-operateurs-publics/action-publique-2022*). Son projet s'appuie sur des « cartes blanches » aux initiatives locales, sur des « expérimentations », sur des « innovations », sur des « communautés » et sur des « sciences comportementales ». Cette action et la modification qui en résulte implique déjà par son vocabulaire, la réversibilité du service public, ce dernier pouvant tout autant être exercé tant sur le plan matériel que fonctionnel par une personne privée ou revenir à une autre personne que la collectivité publique elle-même. Le projet de loi de transformation de la fonction publique présenté aux partenaires sociaux le 11 février et adopté en commission mixte paritaire [à l'heure où nous mettons sous presse] va en ce sens et entend :

- titre 1er : promouvoir un dialogue social plus stratégique et efficace dans le respect des garanties des agents publics ;
- titre 2 : transformer et simplifier le cadre de gestion des RH pour une action publique plus efficace ;
- titre 3 : simplifier et garantir la transparence et l'équité du cadre de gestion des agents publics ;
- titre 4 : favoriser la mobilité et accompagner les transitions professionnelles des agents publics ;
- titre 5 : renforcer l'égalité professionnelle.

La contractualisation de la fonction semble être en marche de telle sorte qu'il convient de se demander si ce que la LOLF a subséquem-

ment commandé, ce que la RGPP a brusquement essayé, ce que la MAP a timidement encadré, CAP 2022 va le réaliser. La réponse à cette question est éminemment sensible et il est évidemment trop tôt pour y répondre clairement. Ce qui semble certain en revanche est que ce mouvement issu des années 1990 commande une gestion des contractuels en ressources humaines dans la fonction publique. Cette dernière débouche sur des questionnements, conduit à s'interroger sur le sens actuel du concours dans les fonctions publiques, demande à comprendre sous formes d'exposés les pratiques actuelles dans les trois fonctions publiques et de faire une synthèse tant du point de vue de l'avocat que du juge des contentieux éventuels desdits contractuels.

Ce dossier a été réalisé et réfléchi, sous un format de pédagogie inversée dans le cadre du séminaire « Emploi public et Contrats », par les étudiants du master 2 « Droit public des affaires – contrats publics » de l'université Polytechnique des Hauts-de France (UPHF). Il reprend les discussions d'une rencontre scientifique organisée le 15 mars 2019 sous l'égide de l'Institut du développement et de la prospective (IDP) et de la Faculté de droit, d'économie et de gestion (FDEG).

Jean-François Boudet,
maître de conférences (HDR) en Droit public,
Sorbonne Paris Cité, université Paris Descartes,
associé au CERSA – CNRS – université Paris II UMR7106,
collaborateur scientifique à l'UC Louvain et à l'université de Liège

Mots-Clés : *Fonctions publiques - Contractuel*

2226 Questionnements autour de la gestion des contractuels dans la fonction publique

NOTE

À l'origine, la fonction publique était caractérisée par la contractualisation et l'assimilation des fonctionnaires à des contractuels. L'édiction au profit des fonctionnaires d'État « *d'un régime juridique ad hoc qualifié de statut* » *(G. Demartial, De l'opportunité d'une loi sur l'état des fonctionnaires : RDP 1907, p. 7)* verra le jour au lendemain de la Libération avec la loi du 19 octobre 1946. L'article 5 de cette loi dispose à ce titre que « *le fonctionnaire est vis-à-vis de l'administration dans une situation statutaire et réglementaire* ».

Par la suite, les vagues de décentralisation ont occasionné d'importants recrutements de personnels territoriaux. Dans un souci et une volonté de rapprocher le statut des agents d'État de celui des agents des collectivités territoriales a été adopté la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dite loi *Le Pors*. Ce texte constitue la base du statut général de la fonction publique, et sera suivi par l'adoption de trois lois spécifiques à chacun des versants de la fonction publique. Ces dispositions textuelles visaient l'unification des règles applicables à chacun des agents publics de l'Administration tout en tenant compte des caractéristiques qui leur sont propres.

La fonction publique peut donc se définir comme comprenant l'ensemble du personnel employé par les personnes publiques, affectés a? une mission de service public, et donc soumis a? un statut de droit public.

Par principe, le recrutement des fonctionnaires s'effectue par concours en vue de garantir à tous les citoyens une égalité d'accès à la fonction publique. Toutefois, il est à noter depuis quelques années, le développement accru au contrat conduisant certains auteurs à affirmer que « *le champ d'application du contrat a gagné du terrain dans le droit de la fonction publique aux dépens du statut* » *(D. Jean-Pierre Didier, Une fonction publique sans fonctionnaires ? : JCP A 2011, 2170)*. Le contrat s'est dès lors révélé être un mode de mobilisation et d'organisation des ressources humaines.

La cohabitation contractuels et fonctionnaires a entraîné la mise en place d'une gestion des ressources humaines (GRH). De ce fait comment s'organise la gestion des ressources humaines dans la fonction publique ?

Il conviendra d'étudier dans un premier temps les insuffisances du statut général de la fonction publique (**1**). Puis, la généralisation du contrat dans la fonction publique comme un procédé garantissant une plus grande souplesse dans la gestion des ressources humaines (**2**).

1. Les insuffisances du statut général de la fonction publique

L'objet de cette partie a trait aux tentatives de réformes visant à moderniser le statut général de la fonction publique (**A**). La modernisation s'est faite au travers du développement d'une gestion des ressources humaines publiques remettant ainsi en cause le statut général de la fonction publique (**B**).

A. - Le statut général de la fonction publique et les tentatives de modernisation

Dès le début, les dispositifs législatifs et réglementaires prônaient la nécessité du statut de l'agent public. La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, forme le tronc commun du statut général des fonctionnaires en comportant des dispositions applicables aux trois fonctions publiques. Ce statut commun sera complété par la promulgation de trois lois, dont la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

La fonction publique se structure autour de trois notions fondamentales qui sont le corps, le grade et l'emploi. Effectivement, le fonctionnaire appartient à un corps, est titulaire de son grade et exerce ses missions dans un emploi déterminé. Un corps ou cadre d'emploi pour la fonction publique territoriale regroupe les fonctionnaires appartenant à un même statut et détenant des compétences et des qualifications similaires. Les corps ou cadres d'emplois sont divisés en grades soit un titre donnant droit à exercer un des emplois qui leur correspondent.

De plus, le statut général du fonctionnaire repose sur un ensemble de valeurs humaines et fonctionnelles visant à préserver le sens du service public. En outre, le *new public management* a inspiré de nouvelles valeurs extrastatutaires en s'inscrivant dans une logique managériale de la fonction publique dont l'effectivité et la performance *(E. Aubin, Les valeurs de la fonction publique en dehors de la loi du 13 juillet 1983 : AJDA 2013, p. 1212)*. Ces nouvelles valeurs ont donné lieu à de multiples réformes visant le passage d'une logique de statut à une logique de métier accompagné d'une diminution des effectifs de la fonction publique.

C'est ainsi que dès 2003, il a été prescrit aux différents ministères d'élaborer des schémas stratégiques de gestion des ressources humaines. La finalité de ces schémas visait à aider les gestionnaires à faire le bilan des compétences existantes et à décrire les besoins futurs dans un répertoire interministériel des métiers de l'État. Ils ont été complétés par la loi de modernisation du 2 février 2007 qui consolide la formation professionnelle des agents publics, calquée sur ce qui existait au départ pour le secteur privé. Ce mécanisme législatif transpose le principe de la formation tout au long de la vie aux agents publics, en s'inscrivant dans le cadre d'une prise en compte nécessaire des évolutions de la fonction publique et de la mise en place de la gestion prévisionnelle des effectifs, des emplois et des compétences (GPEEC) *(D. Espagno, La formation professionnelle, enjeu de la modernisation de la fonction publique : AJFP 2007, p. 116)*.

Cette GPEEC fait de la formation professionnelle tout au long de la vie un outil de valorisation des compétences et de promotion des agents. La loi de 2007 introduit aussi dans la fonction publique un droit individuel à la formation. Il s'agit d'une période de professionnalisation pour les agents afin de mettre en place une sécurisation des parcours professionnels et de garantir une employabilité des agents publics.

Les réformes sur la fonction publique vont également impacter d'autres domaines dont la notation. Dès 2002, la notation et l'entretien individuel vont cohabiter afin d'évaluer les agents publics. C'est la loi sur la mobilité et les parcours professionnels dans la fonction

Ndlr : Cet article a été rédigé par les étudiants du master 2 Droit public des Affaires de l'université Polytechnique des Hauts-de France.

publique du 3 août 2009 qui vient supprimer la notation dans la fonction publique d'État en la remplaçant par un entretien individuel. Cet entretien professionnel vise de ce fait à articuler évaluation professionnelle et gestion des carrières, des emplois, des effectifs et des compétences (GPEEC).

Le droit à la mobilité corolaire de l'effectivité de la formation professionnelle, a quant à lui été consacré par cette même loi de 2009. La mobilité de la fonction publique s'entend alors à la fois comme la mobilité interne entre les trois versants de la fonction publique et la mobilité externe des fonctionnaires vers des organismes internationaux ou le secteur privé.

Enfin, la rémunération au mérite ou aux résultats dont le mécanisme a été calqué sur la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001 (LOLF), « *recouvre la modulation des rémunérations en fonction des résultats obtenus une année donnée, à condition que ceux-ci aient été préalablement fixés de manière quantifiée* » *(S. Maury, Sur la rémunération au mérite : emprunter les techniques du privé pour moderniser l'État ? : Dr. soc. 2008, p. 468)*. Ce dispositif s'inscrit lui aussi dans une finalité de performance et d'économie de moyens.

Toutes ces tentatives de modernisation et l'instauration d'une gestion des ressources humaines des emplois publics ont suscité de nombreux questionnements notamment à l'égard de sa comptabilité avec le statut général de la fonction publique.

B. - La remise en cause du statut général de la fonction publique par le développement d'une gestion des ressources humaines publiques

Le statut général en 1946 reposait sur un modèle bureaucratique caractérisé par une centralisation des décisions et valorisation de la chaîne hiérarchique, une organisation des recrutements et des carrières sur des critères objectifs avec une sélection des meilleurs. De ce fait, longtemps, la GRH de la fonction publique a été marquée par la conception du service public mais ces caractéristiques traditionnelles se sont au fil des réformes estompées. Ces évolutions impulsées par les méthodes du *new public management*, inspirées des pays anglo-saxons, ont d'ailleurs conduites à l'adoption de la loi organique relative aux lois de finances. Il a été mis en avant par certains que « *si le texte de la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001 ne dit mot de la gestion des ressources humaines, la logique même de la réforme budgétaire, qu'il s'agisse des dispositions techniques relatives aux dépenses de personnel ou de la dynamique de gestion par la performance qui en constitue l'esprit, concourt à la placer au centre des débats sur la modernisation de la gestion publique* » *(Y. Chevalier, La réforme budgétaire et la gestion des ressources humaines : quelles conséquences pour la fonction publique ? : AJDA 2006, p. 523)*.

La fonction publique confrontée à l'impératif de qualité, d'efficacité, d'efficience s'est traduite par le développement de la GRH. Cette dernière constitue un instrument d'accroissement des performances avec une plus grande individualisation de la gestion. Pour remplir ses missions, elle s'est dotée d'outils dont la gestion prévisionnelle des emplois, des effectifs et des compétences (GPEEC). Il s'agit de définir à moyen terme les besoins quantitatifs et qualitatifs en personnels qui accompagneront l'évolution des missions, moyennant une comparaison entre les ressources disponibles et les ressources nécessaires pour en définir des actions permettant les transformations souhaitées.

Les réformes récentes et successives de la fonction publique ont été marquées par le sceau de la gestion des ressources humaines publiques et dont la direction générale de l'administration publique promeut. La GRH « *ensemble de techniques ayant pour objet d'optimiser les relations de travail entendues tant individuellement que collectivement(C. Moniolle, Droit de la fonction publique et gestion des ressources humaines : entrer complémentarité et opposition : AJFP 2010, p. 234)* a été refondée depuis sa mise en place. En ce sens, les projets de modernisation se sont efforcés de promouvoir les valeurs de mobilité et d'adaptabilité propres au secteur privé et ont abouti, dans la fonction publique à des réductions d'emplois. Cette tendance managériale des ressources humaines a donc amené à définir les agents publics en identifiant différents métiers à partir des missions et de l'activité des services, alors qu'auparavant cela reposait sur les notions de corps ou cadre d'emplois et de grade. »

Ces nouveaux mécanismes fondés sur une conception managériale sont problématiques en ce qu'ils ignorent l'organisation statutaire en corps ou cadres d'emplois. Il en découle un professionnalisme à tout prix qui se heurte aux principes régissant le statut des fonctionnaires. Il est, en effet, difficile de mettre en place une politique GRH effective pour les fonctionnaires, dans la mesure où leurs droits et obligations ne sont pas négociés mais fixés unilatéralement par l'Administration.

2. La généralisation du contrat dans la fonction publique garantissant une plus grande souplesse dans la gestion des ressources humaines

Aujourd'hui, un agent public sur cinq est un contractuel, c'est le résultat d'un recours accru au contrat qui pérennise la place de l'agent contractuel dans la fonction publique (**A**). Cette contractualisation de l'emploi public est guidée par l'objectif de performance, ce qui permet d'offrir une plus grande souplesse aux décideurs publics dans la gestion de leurs ressources humaines (**B**).

A. - La pérennisation de la place de l'agent contractuel dans la fonction publique

L'article 3 de la loi de 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires a posé le principe selon lequel les emplois permanents dans la fonction publique sont pourvus par des fonctionnaires. Le recrutement des agents contractuels fait donc figure de dérogation au recrutement d'un fonctionnaire, le recours au contrat n'ayant lieu que lorsqu'il n'existe pas de corps ou de cadre d'emplois de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes pour les emplois de catégorie A ou lorsque la nature des fonctions et les besoins du service le justifie (d'autres dérogations existent, elles concernent certains emplois de la fonction publique territoriale comme les emplois de secrétaire de mairie des communes de moins de 1 000 habitants ou encore les emplois de directeur de centres hospitaliers universitaires ou de centres hospitaliers régionaux dans la fonction publique hospitalière).

Le droit de l'Union européenne a investi le champ de la fonction publique avec la directive du 28 juin 1999 sur le renouvellement des contrats à durée déterminée. Elle impose aux États membres de mettre en place des mesures afin que les travailleurs à durée déterminée ne soient pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée. Ce texte repose sur l'idée que les contrats de travail à durée indéterminée sont la forme générale des relations de travail et que l'utilisation des contrats de travail à durée déterminée basée sur des raisons objectives est un moyen de prévenir les abus. Si la directive n'imposait pas d'instaurer les contrats à durée indéterminée dans la fonction publique, c'est la solution adoptée par la France via la loi du 26 juillet 2005.

Cette loi prescrit alors la reconduction pour une durée indéterminée des CDD successifs au-delà de 6 ans à la condition que l'agent occupe un emploi permanent de la fonction publique qui ne relève d'aucun corps ou de cadre d'emplois de fonctionnaires susceptibles

d'assurer les fonctions correspondantes ou lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services justifient qu'un emploi permanent de catégorie A soit occupé par un agent contractuel.

La loi du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique dite « loi Sauvadet » étend le champ d'application du CDI. Il s'adresse désormais aux agents recrutés pour remplacer des fonctionnaires absents, aux agents recrutés pour exercer des fonctions correspondant à un besoin saisonnier ou occasionnel ou pour faire face à la vacance d'un emploi, à condition qu'ils aient cumulés une durée de service de 6 ans.

Il convient également de signaler que dans la fonction publique d'État et la fonction publique hospitalière, le recrutement en CDI est également envisageable dès lors qu'il est motivé par l'absence de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions recherchées ou lorsque ce recrutement se fait sur un emploi à temps non complet.

Les différentes évolutions ont eu pour effet de pérenniser la place des agents contractuels dans la fonction publique. Cette situation constitue une aubaine pour les employeurs publics en ce qu'elle leur confère une plus grande souplesse dans la gestion de leurs ressources humaines.

B. - La contractualisation de l'emploi public guidée par l'objectif de performance

La performance, notion issue du secteur privé, a investi tous les champs de l'action publique depuis la loi organique relative aux lois de finances de 2001. Les pouvoirs publics sont contraints de faire face à des attentes croissantes en termes de quantité et de qualité de leurs services. Déjà en 1989, une circulaire *(Circ. n° 23021989, 23 févr. 1989, sur le renouveau du service public dite « circulaire Rocard »)* visait à redynamiser la fonction publique en suivant une logique de gestion prévisionnelle des emplois.

Le mouvement de contractualisation de la fonction publique contribue à la performance des services publics en ce qu'il offre une plus grande souplesse de gestion des ressources humaines aux employeurs publics. En effet, le recrutement d'un agent par voie contractuelle permet logiquement une meilleure adéquation entre les compétences du candidat et les exigences de l'emploi, ce que le concours ne garantit pas.

La contractualisation vise également à individualiser les rémunérations et à laisser une place plus importante au mérite individuel dont l'objectif est de conférer une plus grande motivation aux agents. Toutefois certaines études, tendent à démontrer que les facteurs de motivation résultent davantage de l'intérêt du travail et des perspectives de carrière *(Rapp. OCDE, La rémunération liée aux performances dans l'administration, 2006)* plutôt que de la rémunération. De plus, le recours aux contractuels peut également avoir un effet négatif sur le plan financier comme l'a constaté la Cour des comptes sur les coûts supplémentaires générés par le recours aux intérimaires dans les hôpitaux *(C. comptes, rapp. public annuel, Les urgences hospitalières : des services toujours trop sollicités, 2019)*.

Il faut également souligner le caractère précaire de l'agent contractuel par rapport au fonctionnaire. Effectivement, le contractuel ne bénéficie d'aucun droit au renouvellement de son contrat, l'Administration n'est alors pas dans l'obligation de motiver sa décision et ce même lorsque la décision est prise pour des raisons tirées de la manière de servir de l'agent *(CE, 23 févr. 2009, n° 304995, M. Mourtelos)*. De surcroît, un motif pris dans l'intérêt du service peut justifier le licenciement d'un agent contractuel alors que ce motif n'existe pas pour les fonctionnaires. Il peut s'agir de la suppression de son emploi, d'une réorganisation du service, du refus de l'agent de voir sa quotité de temps de travail modifié ou d'un changement de son lieu de travail mais aussi le recrutement d'un fonctionnaire sur le poste occupé par l'agent contractuel. Et bien que l'Administration soit tenue de reclasser l'agent avant de procéder à son licenciement *(CE, avis, 25 sept. 2013, n° 365139, Sadlon, JO 28 sept. 2013 p.16210)*, cette possibilité qui lui est offerte de procéder à un licenciement dans l'intérêt du service contribue à rendre plus flexible la gestion des ressources humaines au sein des administrations.

Cette contractualisation de l'emploi public offre donc une plus grande souplesse aux employeurs publics dans la gestion de leurs ressources humaines et c'est à cet objectif qu'aspire le projet de loi de transformation de la fonction publique qui poursuit la pérennisation de la place de l'agent contractuel en élargissant le recours au contrat sur les emplois de direction ou encore en instaurant le CDI de projet dans la fonction publique.

Mots-Clés : *Fonctions publiques - Contractuel*

2227

La gestion des contractuels en ressources humaines dans la fonction publique d'État

L'expérience d'un secrétaire général de sous-préfecture

Mohammed Abdoune,
secrétaire général de la Sous-Préfecture de Valenciennes,
chargé d'enseignement à l'UPHF (FDEG)

Ainsi que le précise le titre I^er^ du statut général, en son article 16, les fonctionnaires sont recrutés par concours sauf dérogation prévue par la loi. C'est en effet le concours qui permet le mieux de respecter le principe « *d'égal accès de tous les citoyens aux emplois publics* » (selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité* pour des raisons d'intérêt général *pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ». Ainsi, le principe d'égalité ne revêt pas une portée absolue mais doit être apprécié dans un contexte éclairé par les intentions du législateur. Mais la latitude du législateur s'arrête lorsque sont en cause des discriminations expressément interdites par la Constitution (la race, l'origine, la religion, les croyances, et, en dehors du domaine électoral, le sexe) et ne fait reposer les distinctions entre ces citoyens que sur leurs capacités ainsi mesurées. Cependant, un certain nombre de cas dérogatoires existent, inscrits dans les textes ou pour faire face à des situations exceptionnelles *(P. Gevart, Tout savoir sur la fonction publique pour réussir les concours : Les éditions de l'Étudiant).*
Près de 80 ans après la création du statut des fonctionnaires, c'est donc une transformation profonde de la fonction publique qui est proposée par le Gouvernement, dans le respect de ses valeurs et de ses principes.
À travers cette grande réforme, il s'agit de bâtir la fonction publique du XXI^e^ siècle, plus agile, plus ouverte et plus attractive, avec des services publics plus efficaces et au plus près des territoires.

La question centrale du recrutement dans la fonction publique.

Dans la fonction publique, le recrutement de contractuels reste dérogatoire, même si le projet de la loi sur la transformation de la fonction tend à modifier l'état d'esprit sur le sujet. En effet, bien que la règle demeure le concours pour le recrutement de fonctionnaires, force est de reconnaître que nous assistons ces dernières années à un recrutement de contractuels en constante progression dans les trois versants de la fonction publique. Cette possibilité est cependant subordonnée à des justifications législatives tenant à la nature des fonctions ou aux besoins du service afin de préserver la neutralité des règles applicables au recrutement d'agents publics.

C'est pourquoi, saisi le 14 février 2019 du projet de loi sur la transformation de la fonction publique, le Conseil d'État avait bien souligné que la possibilité ainsi accrue de recourir à des agents contractuels pour occuper des emplois publics ne pouvait que rester sans incidence sur la répartition des compétences entre la loi et le règlement, telle qu'elle résulte de l'article 34 de la Constitution. Ainsi, si l'étude d'impact préconise une interprétation extensive de l'alinéa de cet article réservant au domaine de la loi la fixation de garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires pour justifier l'insertion dans la version initiale du projet de loi de plusieurs dispositions régissant les conditions d'emploi des contractuels afin d'y inclure l'ensemble des agents publics, il résulte d'une jurisprudence constante que, s'il appartient au législateur d'édicter les conditions générales d'accès aux emplois publics, dans le principe d'égalité et des autres règles et principes de valeur constitutionnelle *(Cons. const., 23 juil. 1991, n° 91-293 DC)*, y compris donc d'ouvrir la possibilité de recruter des contractuels, la définition de règles aux agents non titulaires relève du pouvoir réglementaire *(CE, sect., 24 avr. 1964, n° 57706, Synd. natio-*

nal des médecins des établissements pénitentiaires. – CE, sect., 30 mars 1990, n° 76538, Féd. générale des fonctionnaires Force ouvrière et a.).

Approche statistique des contractuels dans la fonction publique.

Le rapport de 2016 du ministère de la Fonction publique souligne que les recrutements dans la fonction publique se font davantage sous contrat que sous le statut de fonctionnaire. En effet, en 2014, pour 77 900 fonctionnaires recrutés, 151 500 ont quitté la fonction publique. L'augmentation du nombre de fonctionnaires de 25 700 est en fait due à la titularisation de 99 300 agents contractuels. C'est pour cette raison que le nombre de contractuels diminue (- 4 400), alors même qu'ils sont plus nombreux à entrer dans la fonction publique (276 300, soit 67,2 % des recrutements) qu'à en sortir (181 400, soit 46,4 % des départs).

Les 5 axes majeurs du projet de loi :

- promouvoir un dialogue social plus stratégique dans le respect des garanties des agents publics ;
- développer les leviers managériaux pour une action publique plus réactive et plus efficace ;
- simplifier et garantir la transparence et l'équité du cadre de gestion des agents publics ;
- favoriser la mobilité et accompagner les transitions professionnelles des agents publics dans la fonction publique et le secteur privé ;
- renforcer l'égalité professionnelle dans la fonction publique.

Y a-t-il pour vous des avantages et/ou inconvénients à recruter des contractuels ?

Il existe actuellement environ un million d'agents contractuels au sein des trois versants de la fonction publique. Pour rappel, au 31 décembre 2017, la part des contractuels était de 18,4 % pour l'ensemble de la fonction publique (16,9 % dans la fonction publique d'État, 19,8 % dans la territoriale et 19,2 % dans l'hospitalière). Le phénomène dit « des contractuels » dans la fonction publique n'est donc pas nouveau. Ce développement du recours aux contractuels pourrait donc conduire à modifier à terme la répartition des agents entre fonctionnaires, contractuels et autres statuts. Néanmoins, l'impact quantifié dépendra de la manière dont les administrations s'empareront de ce nouveau dispositif. Il sera nécessaire, afin de connaître les résultats de cette loi de transformation de la fonction publique, de procéder à une évaluation *ex-post* de cet élargissement.

Dans le réseau des préfectures et plus largement au niveau du Ministère de l'Intérieur, l'immense majorité des agents sont des fonctionnaires. Ces fonctionnaires ont été recrutés bien souvent par des concours de différents niveaux (A, B et C qui correspondent aux différentes catégories de la fonction publique). Le recrutement a nécessité en amont la mise en place et l'organisation d'un concours dont le calendrier s'est échelonné sur plusieurs mois. À l'issue de ce concours les lauréats ont parfois suivi une formation de quelques semaines (agent de catégorie C) à 1 an (concours des IRA qui en 2019 sera composé d'une formation initiale de 5 mois et d'un stage probatoire de 6 mois) voire parfois 2 années pour les commissaires de police par exemple. *In fine*, le recrutement sur concours peut varier de quelques mois à plusieurs années.

Le recrutement d'agents contractuels de la fonction publique ne répond pas à la même logique que celle du concours. En effet, après la publication d'une offre de poste, les candidats vont envoyer leurs candidatures et subiront un entretien de recrutement. Ces opérations seront conduites en quelques semaines et tout au plus quelques mois. D'un point de vue chronologique, il est évident que la voie « contractuelle » offre plus de souplesse. Cependant, les règles de recrutement doivent être clairement définies, le jury devra être plus particulièrement sensible ou sensibilisé aux dispositions déontologiques et de neutralité.

On rappellera enfin que certains recrutements pour certaines fonctions ne peuvent pas être envisageables. Tel est le cas en principe pour certaines fonctions régaliennes comme celles commissaire de police ou officier de gendarmerie (il existe cependant des dispositions dérogatoires qui permettent de recruter des officiers sous contrats au ministère de la Défense).

Existe-t-il une différence de gestion des ressources humaines entre titulaires et contractuels ?

Bien évidemment, de par le statut général et les autres textes qui régissent les différents corps, le mode de gestion est différent selon les titulaires et les contractuels. Des similitudes, voire même des convergences sont cependant à noter.

Les fonctionnaires sont gérés par des instances collégiales que l'on appelle commissions administratives paritaires (CAP). Celles-ci se réunissent chaque année pour statuer sur les avancements de grade au sein des corps et les avancements entre chaque corps. Elles sont également compétentes pour statuer sur les demandes de mobilité des fonctionnaires (*L. n° 2009-972, 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique).* Chaque changement de situation génère un acte administratif individuel qui fait grief : l'arrêté de changement d'échelon, de promotion, de mobilité de sanction...

Les agents contractuels sont régis par une relation synallagmatique : le contrat. Ce dernier comporte l'ensemble des dispositions qui régissent la situation contractuelle de l'agent telles que la période d'essai, la rémunération, les missions...

Le projet de loi sur la transformation de la fonction publique institue un nouveau type de contrat dit « de mission » qui doit présenter le triple avantage d'améliorer la compétitivité des activités de pointe de la sphère publique, d'accroître les interactions entre les secteurs privé et public et de réaliser des gisements d'économie potentiels.

S'agissant de la fonction publique d'État, l'ouverture des emplois de direction aux contractuels devrait concerner au minimum 1 800 emplois interministériels.

Dans la territoriale, l'élargissement du recours aux contractuels sur les emplois fonctionnels pour les communes et établissements intercommunaux de plus de 40 000 habitants (contre actuellement 80 000 pour les premières et 150 000 pour les seconds) conduit à ouvrir cette nouvelle voie de recrutement à au moins 125 communes et 154 établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) de plus. Le nombre d'emplois ouverts devrait ainsi passer de 1 530 à près de 2 700.

Concernant la fonction publique hospitalière, l'extension en question concernera 81 emplois fonctionnels de plus, soit au total environ 350 emplois fonctionnels.

Cela étant, on peut penser que la réforme en cours conduira à augmenter les candidatures de contractuels en provenance du secteur privé à des emplois de direction et incitera les administrations à faire appel à des prestataires privés pour évaluer les C.V. des candidats, à renforcer ou à créer en leur sein un service *ad hoc* chargé d'effectuer ces travaux. En effet, bien que l'Administration recrute déjà des agents contractuels, l'ouverture d'un tel recrutement sur des postes du niveau des emplois de direction nécessitera de toute évidence une vigilance accrue des différents services administratifs afin de s'assurer des compétences et de l'expérience professionnelle de la personne recrutée.

Le recrutement de contractuels engendre-t-il un changement de visage de votre institution ?

Nous ne le pensons pas car l'administration préfectorale a de tout temps recruté des agents contractuels. Ce fut notamment le cas pour des fonctions d'exécution lors de périodes saisonnières particulières telle que la période estivale. En effet, lorsque l'activité reste à un niveau élevé et que des agents prennent leurs congés pendant la période estivale. De manière plus marginale, des recrutements ont également été opérés au niveau de la catégorie A ou B pour des fonctions de chargé de mission ou d'étude sans encadrement de personnel.

Le projet de loi sur la transformation publique affirme que le dispositif qui se mettra en place va permettre de satisfaire plus facilement le souhait de mobilité exprimée par les contractuels en CDI. Il est à souligner cependant que l'activation de cette portabilité entre fonctions publiques reste une possibilité qui doit recueillir l'accord du nouvel employeur. Il n'est donc pas actuellement possible d'évaluer les impacts économiques, financiers ou budgétaires de la mesure puisqu'ils dépendront de la manière dont les agents et les administrations s'empareront de ce nouveau dispositif.

Il est à préciser qu'en 2016, 46 % des contractuels de la fonction publique étaient en CDI (55 % à l'État, 33,7 % dans la territoriale et 46,6 % dans l'hospitalière). 9 % de ces contractuels exprimaient alors leur souhait de trouver un autre emploi (*Source Direction générale de l'administration de la fonction publique [DGAFP]*).

Mots-Clés : *Fonctions publiques - Contractuel*

2228

La gestion des ressources humaines au sein de la fonction publique territoriale

L'expérience d'un directeur général des services

Stéphane Autin,
directeur général – commune de Bouchain

La gestion des ressources humaines, pour un directeur général des services d'une petite ville, est une activité quotidienne que nous pouvons presque qualifier aussi de préoccupation. En effet, si la qualité du service public rendu dépend de nombreux paramètres, ce sont tout de même les agents qui constituent la base et le socle de ce service public. Ce socle est avant tout composé de fonctionnaires titulaires auxquels viennent s'ajouter des agents contractuels. Même si le terme est quelque peu péjoratif, on peut presque considérer que ces derniers sont une variable d'ajustement des effectifs. Remplacer les titulaires longuement absents, faire face à un accroissement temporaire de travail, s'adjoindre des compétences que l'on ne retrouve pas chez des titulaires, voilà les motivations essentielles qui guident nos propositions au maire visant à faire appel à des contractuels.

Il faut cependant reconnaître que la gestion des contractuels au sein des collectivités s'était quelque peu éloignée de ces orientations ces dernières années. En effet, le développement des emplois aidés (CUI-CAE) qui visait à inciter les employeurs, par le biais d'aides financières de l'État, à recruter des personnes éloignées de l'emploi était une bonne mesure sociale et d'insertion. Hélas, des collectivités n'ont parfois retenu que l'avantage financier de ce dispositif, pérennisant presque des emplois aidés en y faisant s'y succéder des contractuels. Les objectifs de formation et d'issue positive vers des emplois pérennes n'étaient pas suffisamment respectés ; la collectivité que nous servons ne s'est pas orientée vers cette voie et nous nous s'en félicitons, privilégiant plutôt les embauches de fonctionnaires titulaires et en proposant des parcours professionnels avec sorties positives pour les contractuels recrutés.

À présent, la quasi-disparition, décidée par l'État, des CUI-CAE au sein des collectivités au profit notamment de nouveaux contrats appelés « parcours emploi compétence » (PEC) a mis fin à cette « dérive ». Au-delà du contrat passé entre l'État, l'employeur et le contractuel, le PEC est un véritable engagement formalisé en matière de formation et apportant généralement des garanties sur une embauche à l'issue. Le PEC est ici un véritable tremplin vers la formation et l'emploi durable et nous l'avons, à titre d'exemple, utilisé pour former un officier d'état civil, qui à terme remplacera l'agent titulaire qui partira à la retraite.

Comme nous l'avons évoqué en préambule, l'appel aux contractuels par une collectivité territoriale trouve sa justification essentiellement sur trois domaines.

Ils peuvent ainsi remplacer des agents titulaires temporairement absents. L'appel aux contractuels permet de ne pas interrompre les missions et ainsi d'assurer la continuité du service public due aux administrés.

Les contractuels sont aussi indispensables pour assurer des missions ponctuelles. Ils sont par exemple à la base du fonctionnement de nos accueils de loisirs sur des postes d'animateurs qui constituent une mission courte d'environ deux mois sur une année.

Les contractuels ont avant tout, au sein d'une collectivité, vocation à venir occuper ce type de postes qui ne peuvent pas s'inscrire dans la durée. Cela peut paraître une « vérité de Lapalisse » de le réécrire mais

pourtant pas inutile de le rappeler tant les exemples sont nombreux de multiples renouvellements de contrat sur des fonctions pérennes de service public.

Cependant, l'appel aux contractuels peut se justifier aussi pleinement pour des missions plus pérennes sur des postes qui demandent des compétences que l'on ne retrouve pas chez des fonctionnaires titulaires. Nous sommes notamment amenés à le faire pour les professeurs de musique en raison d'un manque de concours de la fonction publique sur certaines spécialités ou d'un manque de candidats pour des instruments de musique moins usités. Le faible nombre d'heures de cours proposés à ces professeurs est aussi un critère qui n'incite pas les titulaires à occuper des postes au sein des collectivités territoriales et les contractuels sont souvent moins exigeants en la matière.

Nous évoquons aussi très brièvement l'externalisation des missions car cela constitue tout de même une alternative à la contractualisation des emplois. Dans ce cadre, la collectivité n'a pas à gérer la mission et le personnel ce qui simplifie son action mais, en revanche, cela a généralement un coût plus important que le recours aux contractuels. Cela devient de plus en plus la norme mais uniquement sur des missions ciblées tel l'entretien des locaux.

L'appel aux contractuels présente l'avantage de la flexibilité dans la gestion des ressources humaines avec cette capacité à s'adapter très rapidement pour répondre aux besoins du service public. Mais cela présente aussi des inconvénients tant pour les contractuels eux-mêmes que pour les collectivités. L'agent manque souvent de vision sur son avenir professionnel, dépendant du retour d'un titulaire sur le poste ou d'un changement d'orientation de la collectivité sur la mission effectuée ; cette incertitude est d'autant plus prégnante dans la fonction publique du fait que le contractuel côtoie au quotidien, et contrairement au privé, des fonctionnaires qui bénéficient de la garantie de l'emploi. Quant à la collectivité, à chaque départ de contractuels, elle perd son investissement en formation, ainsi que l'expérience acquise sur le poste.

Aujourd'hui le recours aux contractuels n'est pas majoritaire mais les projets en cours pourraient inverser cette tendance. Et dans ce cadre, nous nous devons aussi d'évoquer un aspect délicat de la gestion des contractuels dans les collectivités territoriales. Ce point n'est pas souvent abordé car sensible. C'est l'influence de la politique sur les ressources humaines. Les fonctionnaires titulaires assurent la continuité de la mission de service public quels que soient les élus en place. Ils sont, de par leur statut et leurs devoirs de réserve et de neutralité, protégés des aléas de la vie politique de leur collectivité. Si le recours aux contractuels devait fortement s'accentuer, ne risque-t-on pas d'assister à chaque élection territoriale à une forme de « big bang » en matière de gestion des contractuels ? Loin de nous ici de faire un quelconque procès d'intention ou de remettre en doute l'honnêteté des élus mais puisque la réglementation leur permettrait « d'adapter » leur effectif, la tentation pourrait être grande de s'entourer majoritairement d'agents proches de leur sensibilité politique. On le constate d'ailleurs avec les DGS qui, lors des élections sont généralement relevés de leur fonction si l'élu employeur est issu d'une nouvelle couleur politique.

Même si c'est purement subjectif, nous tenons à souligner cela car pouvant influencer la gestion de contractuels dans la fonction publique territoriale. Et même si ne nous sommes pas le mieux placé pour en parler car servant dans une collectivité ou le maire nous a donné totale délégation dans la gestion des ressources humaines sans jamais aucune directive politique, preuve aussi que ce que nous évoquons ne peut en aucun cas constituer une généralité ou une certitude mais seulement au stade actuel des négociations sur le statut de la fonction publique, un questionnement.

En tant que DGS et en prise au quotidien avec la gestion des ressources humaines et donc des contractuels, nous estimons que le recours à ces derniers au sein de la fonction publique territoriale doit être mieux « encadré » par la réglementation. C'est un atout pour une collectivité de pouvoir recruter des contractuels mais il faut veiller à ne pas pérenniser ces postes ni les substituer à des emplois de fonctionnaires titulaires généralement détenteurs d'un concours.

Mots-Clés : *Fonctions publiques - Contractuel*

2229

La gestion des ressources humaines au sein de la fonction publique hospitalière

L'expérience d'un directeur

Franck Masurelle,
directeur, centre hospitalier EHPAD
Résidence les fleurs de la lys (Comines)

L'hôpital et le secteur médico-social sont constitués d'établissements publics autonomes disposant de la personnalité morale. De ce fait, ils recrutent et nomment leur propre personnel. Ce personnel est rattaché à un statut de droit public quel qu'il soit (hormis les « emplois aidés » restant du ressort du droit privé). Un statut de la fonction publique hospitalière a été promulgué au travers de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 (titre IV).

Le recours aux fonctionnaires est repris par l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui pose le principe que les emplois civils permanents des établissements publics à caractère administratif doivent être occupés par des fonctionnaires.
Cependant, des dérogations permettent le recours à du personnel contractuel. En effet, lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient ou lorsqu'il y a recours à des emplois à temps non complet, il peut être fait appel à des personnels contractuels sur des emplois permanents *(L. n° 86-33, 9 janv. 1986, art. 9)*, ou sur des emplois temporaires pour assurer des remplacements pour lesquels les agents en poste sont susceptibles de reprendre leurs fonctions *(L. n° 86-33, 9 janv. 1986, art. 9-1)*.
De ce fait, nous sommes aujourd'hui confrontés, à la fois à une fonction publique de carrière issue de statuts applicables à des fonctionnaires ET à des textes spécifiques en faveur des contractuels de plus en plus complets, protecteurs et calqués sur les droits des fonctionnaires *(D. n° 91-155, 6 févr. 1991*, not. mod. par *D. n° 2015-1434, 5 nov. 2015)*.

Existe-t-il des différences de gestion des RH entre titulaires et contractuels ?

Aujourd'hui, au sein des établissements de santé et médico-sociaux, l'aspect le plus important n'est pas de se demander si l'agent recruté l'est sous un statut de fonctionnaire ou de contractuel, mais s'il dispose des compétences nécessaires en vue de répondre à la mission de service public qui est dévolue à ces structures.

Quel que soit le statut de la personne, il existe des dispositions communes qui les régissent, et notamment :

- le respect des droits et obligations issus du statut général des fonctionnaires ;
- un exercice professionnel identique et des responsabilités communes selon le poste occupé ;
- une affiliation au droit public ;
- un accès à la formation professionnelle ;
- ...

Certaines divergences existent également, mais qui ont tendance à se réduire au fil des textes réglementaires en faveur des contractuels au sein de la fonction publique hospitalière venant renforcer leurs droits.

- des fonctionnaires nommés (fonction publique de carrière et accès par concours) vs des agents sous contrat (négociable) ;
- un régime de retraite différent (CNRACL vs IRCANTEC) ;
- une gestion de carrière différente (régime indemnitaire, suivi des maladies, avancements, action disciplinaire...), même si les textes récents instaurent une commission consultative paritaire en faveur des contractuels, une obligation de réévaluation du contrat au moins tous les 3 ans, la possibilité de bénéficier d'un congé non rémunéré pour convenances personnelles (équivalent d'une disponibilité), etc.

Ainsi, même s'il existe encore quelques différences de gestion, il ne saurait y avoir de différence de traitement des contractuels dans leur exercice professionnel, ni dans les organisations de service.

Quels sont les avantages et inconvénients à recourir à des contractuels ?

Ces éléments touchent tant l'employeur que l'agent recruté.

Pour l'employeur

Les avantages sont liés à la fois à des considérations administratives et financières qu'à des critères liés à la personne.

Administrativement, le recours à un agent contractuel se révèle beaucoup plus souple que le recours à un titulaire. Les procédures sont plus rapides (pas de délai de publication, pas d'organisation de concours, pas de démarche ou délai en cas de mutation...). De même, la gestion de carrière est simplifiée (modalités d'avancement, absence de notation annuelle,...) et les modalités d'ajustement de contrat s'avèrent beaucoup plus souples (modalités de renouvellement et de rupture, recours au temps non complet, ajustement de CDD temporaires en fonction des besoins de remplacement ou d'activité, recours bientôt possible aux CDD de projet ou de mission dans le cadre de l'actuel projet de loi).

Les règles actuelles de financement des établissements sanitaires et médico-sociaux amènent les structures à adopter une approche gestionnaire davantage calquée sur le fonctionnement d'une entreprise que sur celui d'une administration. La Tarification à l'activité (T2A) oblige les directeurs d'établissement à un ajustement constant de leurs ressources humaines au regard des recettes issues de leur activité et de ses fluctuations. En cela, le recours à du personnel contractuel (et notamment sous CDD) permet d'insuffler une dose de variable d'ajustement à l'activité.

Sur le plan de l'agent lui-même, l'employeur conserve une latitude plus large liée au choix des candidats qui reste davantage à la discrétion de l'employeur.

Pour autant, quelques inconvénients sont à pointer du doigt. L'écueil majeur se situe au niveau de la fidélisation du personnel. En effet, l'instabilité perçue du recours au contrat, et ce sur des temps parfois non complets, implique une forte propension au *turn over* des équipes. La volatilité du personnel contractuel peut ainsi apparaître comme un gage d'instabilité de ces équipes.

Pour l'agent public

L'avantage lié à un contrat de travail se situe au niveau de sa possible négociation (surtout si l'on est face à un emploi dit « sensible » ou pour lequel peu de candidats sont disponibles sur le marché). La négociation touche à la fois la rémunération brute indiciaire, mais également les modalités d'avancement et la possibilité de primes contractualisées.

Par ailleurs, le recours au contrat peut constituer, pour l'agent, un accès facilité à des emplois de responsabilité (sans passer par la voie du concours) (y compris des perspectives pour les emplois de direction ?...)

Cette contractualisation peut ainsi permettre un premier pas vers une titularisation permettant, par exemple, d'avoir accès aux modalités des concours internes accessible sous condition d'ancienneté.

Les inconvénients sont entre autres liés à un manque de reconnaissance ressenti des contractuels par rapport aux titulaires. De même, ceux-ci ne bénéficient pas de l'ensemble des avantages statutaires liés aux titulaires et leur déroulement de carrière (d'autant plus si le contrat n'a pas fait l'objet de négociation). Ces inconvénients sont actuellement largement gommés par le renforcement des textes consécutifs venant accroître les droits des contractuels dans la fonction publique hospitalière.

Aussi, en cas de contrat non négocié au recrutement, les agents ont un déroulement de carrière plus restrictif que les personnels titulaires.

Enfin, un risque de précarisation existe concernant notamment les CDD de remplacement qui font l'objet de renouvellement chaque mois ou chaque trimestre. Cette fragilité peut avoir des impacts sur la

vie personnelle avec par exemple davantage de difficultés pour obtenir un prêt.

Le recrutement de contractuels engendre-t-il un changement de visage de votre institution ?

La tendance actuelle est au rapprochement des deux statuts (droits liés au statut, retraite, recrutement, carrière et évolution...). En ce sens, le projet de loi de transformation de la fonction publique de mi-février 2019 prône l'élargissement du recours au contrat et l'introduction du contrat de projet.

L'essentiel d'une bonne gestion des ressources humaines au sein d'un établissement sanitaire ou médico-social ne se situe pas sur le plan du statut, mais des compétences. Aussi, un établissement s'attachera davantage à développer une politique de Gestion prévisionnelle des emplois, des métiers et des compétences (GPEMS) orientée sur les besoins de l'institution et visant à répondre à la mission de service public.

C'est donc plus la politique et la stratégie de l'établissement qui rendent efficace et efficiente les organisations que le statut même de ses agents.

MOTS-CLÉS : *Fonctions publiques - Contractuel*

2230 Le contentieux des agents contractuels – point de vue de l'avocat

Une journée d'étude consacrée aux ressources humaines en fonction publique et, plus particulièrement, à la gestion des agents contractuels, ne paraîtrait pas complète sans aborder le contentieux qu'elle peut générer. Et l'analyse de ce contentieux ne serait pas représentative sans adopter le point de vue de l'avocat, conseil privilégié des agents comme des employeurs publics.

NOTE

Certains penseront qu'il est logique de finir par ce thème, à considérer le contentieux comme l'aboutissement inévitable de toute relation de travail, surtout quand elle est voulue précaire et subsidiaire. Ils rejoindront là d'ailleurs l'étymologie même de *contentio*, à savoir une lutte, une contrainte. Ce débat sera laissé à l'expertise des sociologues et des politologues. L'avocat, pour sa part, s'attachera à l'acception juridique commune, de ce qui fait ou peut faire l'objet d'un litige soumis à une juridiction, sans exclure de l'élargir ici à une définition plus globale, de ce qui est litigieux et qui provoque la discussion.

Cette acception plus large correspond davantage à la pratique : si c'est bien souvent aux premières marches du prétoire que les parties envisageront de faire appel à un conseil, l'avocat n'y cantonne pas son intervention. D'ailleurs, le législateur lui-même l'invite à envisager différemment le règlement des litiges : la loi J21 tend à promouvoir les modes amiables et, en fonction publique, cela se traduit notamment par l'introduction expérimentale de la médiation préalable obligatoire par le décret Jade.

On pourrait gager que cette communication parvienne à des conclusions différentes si le procédé amiable se généralise et se montre à la hauteur des espérances placées en lui tant par le législateur que par les juridictions.

Pour l'heure, notre propos sera alimenté par l'observation de la pratique quotidienne. Il n'a pas l'ambition d'une étude exhaustive et tendra à présenter les principales réflexions suscitées par l'activité du cabinet, dans la limite de ce que permet le respect du secret professionnel.

Sans grande originalité, le plan a été dicté par les étapes clefs à l'occasion desquelles l'avocat est amené à intervenir. Nous aborderons successivement les trois phases générant du contentieux dans la gestion des contractuels : le recrutement (1), l'exécution du contrat (2) et la fin du contrat (3).

1. Le contentieux du recrutement

Le constat général auquel amènent nos dossiers est que l'engagement des agents contractuels génère un volume limité de contentieux. Ce constat pris à l'échelle d'un seul cabinet mérite évidemment d'être relativisé. Tout au plus pouvons-nous affirmer que nous sommes peu sollicités à l'occasion du recrutement.

Ceci expliquant sûrement cela, quand nous le sommes, c'est essentiellement pour conseiller les employeurs publics dans le but de circonscrire le risque contentieux. Nous n'aborderons pas cet aspect, par définition hors du champ de l'étude puisque précontentieux, sans compter que ce qui se passe dans le secret du cabinet a vocation à y rester. Un cuisinier ne révèle pas les ingrédients de sa meilleure recette...

Sans surprise, quand un litige est porté devant le juge, la contestation du recrutement intervient à l'initiative d'un tiers. Pour ce qui est du contrat lui-même, c'est tout à fait logique puisque les parties elles-mêmes n'ont pas intérêt à agir, au sens juridictionnel du terme, pour le contester en l'état de la jurisprudence. Elles n'y auraient pas intérêt, au sens commun, en tout état de cause : du côté de l'agent, puisqu'il se retrouverait sans emploi et qu'il paraîtrait peu judicieux d'entamer une carrière par un recours, et de celui de la collectivité, pour éviter d'engager sa responsabilité et réussir à pourvoir son poste.

Il est à noter que le contentieux du recrutement peut naître en creux entre employeur et agent, en cas de méconnaissance d'une éventuelle promesse d'embauche. La jurisprudence accepte en effet d'aborder celle-ci dans une perspective indemnitaire. Nous n'avons jamais eu à traiter au demeurant ce type de problématique, ne serait-ce qu'au titre du conseil. Il n'est pas impossible que les proto-agents préfèrent renoncer à engager un tel contentieux, au vu de ses enjeux financiers limités, sans compter qu'engager un recours avant même d'entrer dans la fonction publique sera sûrement mal perçu par les recruteurs.

Un constat auquel nous a conduit la préparation de cette communication, et que nous n'avions jamais mesuré auparavant, est que les dossiers véritablement « contentieux » où est intervenu le cabinet concernent uniquement le recrutement à des emplois de direction (en l'espèce dans les collectivités territoriales).

Il s'agissait, pour la majorité, de l'hypothèse où l'employeur public peut, par dérogation à l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983, engager un contractuel à un poste de catégorie A, lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient, sous réserve qu'aucun fonctionnaire n'ait pu être recruté. L'autre hypothèse concernait un

recrutement d'un directeur de catégorie B en l'absence de cadre d'emploi.

Le constat étonne car ces types de recrutement ne sont statistiquement pas les plus fréquents de recours aux contractuels : le premier a été conçu spécifiquement par le législateur comme subsidiaire, le second est rare vu le nombre de cadre d'emploi. Une explication s'impose d'emblée : ces postes de direction sont convoités, tant en interne à la mutation et à la promotion, qu'en externe où les opportunités sont limitées. Les candidats évincés et les syndicats de fonctionnaires seront ainsi d'autant plus prompts à contester les recrutements. Assez curieusement cependant, dans les dossiers qui nous ont été soumis (uniquement en défense), aucune requête n'a été introduite à l'initiative d'un candidat évincé : il s'agissait tantôt d'un déféré, tantôt de recours syndicaux.

Pour le recrutement en catégorie A, les conditions à remplir sont entendues de façon restrictive et portent davantage à débat juridique que dans les autres hypothèses, relativement factuelles (existe-t-il ou non un cadre d'emploi, un poste vacant, un accroissement d'activité... ?). L'employeur doit être en mesure de démontrer que le recrutement contractuel procure un « avantage déterminant », notamment au vu de la technicité du poste. L'ensemble des recours dont nous avons eu à connaître a donné lieu à l'annulation du recrutement par le juge administratif, qui a considéré que le principe de subsidiarité n'était pas respecté ou qu'il existait bien un cadre d'emploi.

Pour ce qui est du déféré, nous n'avons été saisis qu'après annulation du contrat, aux fins de déterminer l'opportunité d'interjeter appel du jugement. Outre que l'absence d'effet suspensif de l'appel et les chances limitées de succès d'un référé-suspension dans ce dossier privaient largement d'intérêt de saisir la Cour, le dossier présentait peu de chance de prospérer sur le fond. La procédure de recrutement telle qu'elle avait été conduite ne permettait pas de justifier le choix du candidat retenu par préférence aux titulaires. Notre mission a finalement tendu à assister l'employeur à l'occasion d'une nouvelle phase de recrutement pour éviter une nouvelle annulation.

Le sentiment général qui est ressorti de nos dossiers, qui ne concernaient que des collectivités territoriales ou leurs établissements, est qu'ils sous-estiment la rigidité du cadre qui s'impose à leur recrutement et qu'une fois qu'ils l'appréhendent, ils en prennent ombrage en y voyant un frein à leur libre-administration. Ainsi l'a voulu cependant le législateur. L'évolution actuelle du recours aux contractuels à travers le programme Action publique 2022 annonce un certain infléchissement, qui n'est pas pour déplaire aux employeurs publics.

2. Le contentieux de l'exécution du contrat

Si l'exécution des contrats donne davantage lieu à litige que le recrutement, son contentieux reste cependant limité, proportionnellement à celui de la sortie de fonction que nous aborderons plus loin. C'est un bilan tout à fait différent que nous aurions tendance à tirer du contentieux des titulaires, pour lesquels le déroulement de la carrière est statistiquement le plus litigieux.

Cette statistique n'a rien pour étonner : même si de nombreuses garanties sont désormais offertes aux agents non-titulaires, ils ne bénéficient pas à proprement parler d'un statut, et le terme même de « carrière » porte à débat. Les questions habituelles de mutation, d'avancement, de disponibilité, de congés maladie durables, qui sont autant de contentieux qu'aucuns qualifieraient de récurrents pour les titulaires, ne se posent pas pour les contractuels.

Globalement, il ressort des dossiers où nous sommes intervenus deux problématiques essentielles, lesquelles cristallisent la principale préoccupation des agents, à savoir pérenniser la relation de travail : il s'agit du renouvellement du contrat et/ou la transformation de sa durée.

Seuls les agents nous sollicitent sur ces points, et non les employeurs publics (en cela même notre clientèle territoriale habituelle). Nous pensons que cela tient aux options très limitées qu'offrent les textes s'agissant de l'évolution du contrat dans sa durée. Le principe posé pour chacune des fonctions publiques est de cantonner le recours des contractuels à des emplois non permanents, et d'éviter l'engagement permanent des contractuels sur les postes permanents.

Ce principe est relativement bien maîtrisé, ce sont ses exceptions qui viennent poser difficulté en pratique, en particulier dans l'application des dispositifs mis en place par le législateur pour réduire l'emploi précaire. Les situations où nous sommes intervenus s'inscrivaient ainsi principalement dans le cadre de la loi Sauvadet du 12 mars 2012, à savoir les dispositifs de titularisation et de « CDIsation ».

Nous n'avons traité qu'un seul dossier de titularisation sans concours, où nous assistions un agent territorial dans le cadre de la procédure de « sélection ». La difficulté résultait du fait que dans cette collectivité du fait, par un concours de circonstances, il y avait moins de postes ouverts à la sélection que d'agents en CDI. Le comité de sélection les a tous considérés aptes et le débat tenait à la faculté de la commune de ne pas retenir un candidat pourtant sélectionné.

L'obtention d'un CDI est une problématique récurrente de la gestion des contractuels, sur laquelle nous sommes principalement saisis, ce uniquement par les agents. Nous avons rarement eu à connaître des cas relatifs à la CDIsation d'office, les textes prévoyant des conditions d'ancienneté et de nature des fonctions restrictives. Un dossier plus débattu juridiquement que les autres a retenu notre attention, relatif à un assistant d'éducation, amenant à exciper de l'inconventionnalité de l'article 8 de la loi Sauvadet au regard de la directive 1999/70/CE.

Pour l'essentiel, nos dossiers avaient trait à la revendication « classique » d'un CDI à l'issue de multiples renouvellements de CDD. Ils confirment l'appréciation tout à fait différente du juge administratif par rapport à la jurisprudence prud'homale, en ce qu'une succession de contrats administratifs à durée déterminée n'emporte pas qualification de contrat à durée indéterminée. La jurisprudence administrative tend à considérer finalement le CDD comme le principe et le CDI comme l'exception, ainsi que l'y invite le Statut général. Elle se montre réticente à accéder aux demandes de requalification en CDI, à la grande frustration des agents. Nous constatons que la problématique de CDIsation se pose surtout au moment de la rupture du contrat, et non tant durant son exécution, nous y reviendrons.

Il nous est également arrivé d'être saisis pour des questions de requalification de l'engagement d'un vacataire en contrat à durée déterminée ou indéterminée. Soit qu'il s'agisse de déterminer les chances d'y parvenir pour un agent, soit au contraire de l'éviter pour l'employeur. Pour l'heure, notre mission en est toujours restée au conseil et aux démarches amiables : aucun vacataire n'a souhaité engager de recours, au vu des chances de succès limitées que présentaient ces dossiers et/ou de peur de ne plus se voir confier de vacations en cas de recours.

3. Le contentieux de la fin du contrat

S'il fallait dégager une tendance générale au contentieux des contractuels, sans surprise, on pourrait dire que c'est principalement la fin du contrat qui occupe le contentieux, et plus précisément sa rupture. Nous entendons par là que les décisions de non-renouvellement donnent moins souvent lieu à recours que les licenciements.

La pratique amène à observer que les agents ne saisissent le juge qu'une fois un point de non-retour franchi, généralement celui – réel ou fantasmé – d'avoir véritablement une chance d'obtenir d'un CDI. Une raison assez évidente, déjà évoquée, réside dans la précarité de l'emploi contractuel. L'agent hésitera à porter des revendications durant l'exécution du contrat et à « faire des vagues », comme le veut l'expression courante, au prix de frustrations qui rejailliront de plus fort au moment de la rupture du contrat.

L'absence de droit au renouvellement au contrat limite le champ d'actions des agents, qui se placent surtout sur le terrain indemnitaire plutôt qu'en termes d'annulation rétroactive. Le refus de renouvellement est vécu assez unanimement comme un désaveu, qui ôte aux agents l'envie de retourner exercer leurs missions et exécuter le contrat. Qui plus est, un recours permettra rarement de reprendre son poste, les référés-suspension introduits parallèlement aboutissant trop peu souvent (être privé d'emploi et se retrouver au chômage ne caractérise quasi jamais l'urgence pour le juge administratif).

Les contentieux où nous avons été mandatés, côté employeur ou agent, concernaient tous des emplois permanents et traitaient principalement de licenciements, aux motifs variés : dans l'intérêt du service (après suppression du besoin ou réorganisation pour motifs budgétaires), pour insuffisance professionnelle ou pour faute. Aucun n'a jamais fait suite au recrutement ou au retour d'un agent titulaire, alors que ce serait là le motif le plus « naturel » sur un emploi permanent, dans l'esprit du Statut général.

Dans le cas des licenciements dans l'intérêt du service, l'essentiel du débat juridique a porté sur la procédure de licenciement, et plus spécifiquement au respect de l'obligation de reclassement de l'agent.

Le licenciement pour faute est statistiquement celui où nous sommes intervenus le plus souvent, ce qui rejoint, de façon inattendue, celle que nous retiendrions du contentieux de fin de carrière des fonctionnaires : ce sont les licenciements disciplinaires contre lesquels les fonctionnaires nous mandatent le plus fréquemment, tous statuts confondus. Une étude sectorielle serait fort utile, pour comprendre les raisons d'un tel rapprochement.

Il sera intéressant d'observer ce que la saisine préalable pour avis des commissions consultatives paritaires, nouvellement élues, désormais prévue pour les licenciements disciplinaires apportera dans la gestion des ressources humaines sur ce point. L'intervention des conseils de discipline est déterminante pour les fonctionnaires, et cela augure une certaine homogénéisation des pratiques, tout à fait bienvenue.

Nous évoquerons rapidement pour finir une dernière hypothèse de contentieux de fin de contrat dont nous avons eu à connaître, spécifique aux agents contractuels, mais non à la fonction publique : la rupture de période d'essai. Au demeurant, elle s'est présentée à nous à une seule occasion, dans le cadre d'un CDI en fonction publique hospitalière. L'agent considérait bénéficier du CDI et donc avoir été licencié, alors que l'employeur estimait seulement mis fin à la période d'essai. L'appréciation de la validité de la rupture était évidemment diamétralement divergente de ce fait.

Le dossier, porté devant le tribunal, a trouvé une issue rapide, l'établissement hospitalier ayant réalisé son erreur : dès lors que l'agent avait déjà exercé durant un an les mêmes fonctions avant de se voir proposer ledit CDI, la jurisprudence considère qu'il n'y a pas lieu à renouveler un essai. L'employeur public, qui ne souhaitait absolument pas voir l'agent reprendre ses fonctions en l'espèce, a préféré transiger et l'agent s'est désisté de son recours après avoir été dédommagé.

Il n'était malheureusement pas possible, dans le temps qui nous était imparti, d'aborder tous les enjeux contentieux que présente la gestion des agents contractuels. Certaines questions gagneraient évidemment à être étudiées. Nous évoquerons ainsi à titre d'exemple un constat étonnant : nous n'avons jamais été saisis par des agents contractuels relativement au contentieux devenu topique des ressources humaines en fonction publique qu'est le harcèlement moral. Il paraît difficilement concevable que seuls les titulaires s'en trouvent victimes, cela mériterait donc d'être analysé plus avant.

Laurie FREGER,
avocate au barreau de Valenciennes,
chargée d'enseignements à la FDEG (UPHF)

MOTS-CLÉS : *Fonctions publiques - Contractuel*

2231 Le contentieux des contractuels : point de vue du juge

S'il fallait qualifier le contentieux des contractuels dans la fonction publique, du point de vue du juge, l'on pourrait dire que c'est un contentieux à part entière : il a ses logiques, ses lignes de force, ses caractéristiques propres.

NOTE

C'est un contentieux à part entière et en premier lieu un contentieux « à part ». Le contentieux des contractuels est d'abord « à part » du contentieux contractuel. Juridiquement, le contractuel n'est pas lié à l'Administration par un contrat comme les autres, et le juge lui a évidemment réservé un sort différent, notamment un sort contentieux différent. « Tropic travaux signalisation », « Béziers I », « Béziers II », « Tarn-et-Garonne », pour ne citer que les jurisprudences les plus récentes et les plus connues, n'ont pas concerné l'agent contractuel. Plus précisément, le contentieux des contractuels a vécu, et vit toujours, en décalage de ces évolutions, voire révolutions, du contentieux des autres contrats de l'Administration. Mais il faudra aussi constater qu'il existe des liens conceptuels, des points de connexion, entre les deux mondes contractuels. Le contentieux des contractuels est ensuite « à part » du reste du contentieux de la fonction publique. Contractuels et titulaires ne sont pas dans la même situation juridique et, au contentieux, cette différence de statut persiste. Mais là aussi, il existe des liens entre les deux sphères contentieuses.

Si le contentieux des contractuels est à part, il est aussi et surtout un contentieux à « part entière ». Et, en particulier, il est un contentieux fait d'innovations et d'étapes marquantes. C'est en effet un contentieux qui pose des questions qui présentent un véritable intérêt juridique, un intérêt de principe. Ce qui s'explique par l'état relativement lacunaire, pendant assez longtemps, du droit applicable aux contractuels : il n'y avait que peu de textes, ou sinon des textes incomplets. Le contentieux des contractuels était ainsi, souvent, un contentieux des angles morts, un contentieux des vides à remplir. C'est moins vrai aujourd'hui car des textes divers et plus nombreux sont venus donner un cadre juridique d'ensemble aux contractuels. Mais, souvent, en l'absence de règles statutaires, le contentieux des contrac-

tuels, peut-être même plus que celui des titulaires, a posé des questions de principe. Dès lors, souvent aussi, il a conduit à des solutions remarquables.

C'est ainsi que l'on peut entreprendre de mettre en évidence la contribution du contentieux des contractuels au contentieux administratif, et en premier lieu celui de la fonction publique en général.

Il faut relever que les contractuels, au contentieux, ont été à l'origine de la création de règles générales, de principes généraux du droit, applicables à tous les agents publics, même sans texte, et justement, en l'absence de texte.

Citons en particulier la célèbre décision *Dame Peynet (CE, ass., 8 juin 1973, n° 80232)*. Il s'agissait d'une agent recrutée par le Territoire de Belfort sur un emploi d'infirmière auxiliaire et qui avait été licenciée, alors qu'elle était enceinte. Aucune règle du droit public, surtout pas celles, inexistantes, des contractuels, n'y faisait obstacle. Le Conseil d'État va toutefois s'inspirer du Code du travail, modifié par une loi du 30 décembre 1966 relative à la garantie de l'emploi en cas de maternité, pour dégager un principe général du droit, celui selon lequel une femme enceinte employée dans les services publics ne peut être licenciée.

> *« Il est arrivé, maintes fois, au Conseil d'État de refuser de consacrer des principes généraux du droit que des contractuels lui demandaient de reconnaître (...) »*

Le Conseil d'État juge ainsi : « *Considérant qu'à la date de son licenciement, les seules dispositions relatives à la situation du personnel auxiliaire du territoire de Belfort avaient trait à la rémunération et aux congés et ne comportaient, notamment, aucune garantie du maintien des femmes enceintes dans leurs emplois ; Mais considérant que le principe général, dont s'inspire l'article 29 du livre 1er 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 [...]* ».

Dans ses conclusions sur cette affaire, Suzanne Grévisse, commissaire du gouvernement, avait présenté les enjeux du litige de la sorte : « *Nous constatons ainsi une fois de plus que les agents non titulaires de l'État et des collectivités publiques constituent une troisième catégorie de travailleurs, demeurée à l'écart des deux grands courants législatifs qui ont fait progresser et les garanties des fonctionnaires et la protection des salariés, et démunie de certains droits sociaux considérés comme élémentaires. On peut déplorer que cette situation persiste aujourd'hui encore, et que les employeurs de ces travailleurs soient des collectivités publiques, c'est pourquoi le pourvoi de la dame Peynet nous a paru être l'occasion d'une réflexion sur le sort de ces non-titulaires qui sont au nombre de plusieurs centaines de milliers* ».

Dans le même ordre d'idée, il faut également citer une autre décision bien connue, *Ville de Toulouse (CE, sect., 23 avr. 1982, n° 36851, Ville de Toulouse c/ Aragnou)*. Dans cette affaire, qui concernait une animatrice d'un centre aéré, le Conseil d'État s'est à nouveau inspiré du Code du travail pour considérer que les agents publics, et en particulier les contractuels, avaient droit à une rémunération minimale, correspondant au SMIC.

Le Conseil d'État juge ainsi : « *si aucun texte ne prévoit que les communes employant des agents non titulaires pour accomplir des tâches d'encadrement et d'animation de leurs centres de vacances et de loisirs doivent rémunérer ces agents sur une base au moins égale à celle du salaire minimum de croissance qui est défini à l'article L. 141-2 du code du travail, pour les salariés entrant dans le champ d'application de cet article, Mme Aragnou, agent non-titulaire de la ville de Toulouse, chargée des tâches susvisées, a droit, en vertu d'un principe général du droit applicable à tout 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 de l'article L. 141-2* ».

Ceux deux jurisprudences illustrent, de manière emblématique, la contribution du contentieux des contractuels à la construction du droit de la fonction publique.

Deux précisions toutefois, pour ne pas donner l'impression de dresser un tableau déformé de la réalité jurisprudentielle. D'une part, il est arrivé, maintes fois, au Conseil d'État de refuser de consacrer des principes généraux du droit que des contractuels lui demandaient de reconnaître, au motif notamment que le principe envisagé n'était pas considéré comme compatible avec l'emploi auprès des administrations publiques et les sujétions particulières qu'impose le service public. Par exemple, le Conseil d'État avait jugé qu'il ne résulte d'aucun principe général du droit applicable aux agents publics contractuels que les contrats les liant à leurs employeurs seraient conclus sans détermination de durée ; c'était, en principe, nécessairement des CDD *(CE, 14 mars 1990, n° 70400, chambre de commerce et d'industrie de Strasbourg et du Bas-Rhin)*. D'autre part, il peut arriver qu'un principe général du droit soit reconnu dans un litige concernant des titulaires et que, par ricochet, les contractuels en bénéficient également. Les contractuels ne sont donc, évidemment, pas à l'origine de tous les principes généraux du droit de la fonction publique. Jugé en ce sens, par exemple, à propos du reclassement en raison de l'inaptitude physique pour motif médical : c'est un principe général du droit d'abord reconnu à propos des titulaires *(CE, 2 oct. 2002, n° 227868, Chambre de commerce et d'industrie de Meurthe-et-Moselle : JurisData n° 2002-064428 ; Lebon 2002, p. 320, concl. Piveteau)* et appliqué ensuite aux contractuels *(CE, 13 juin 2016, n° 387373, Talbi. – CE, 7 déc. 2018, n° 401812, Région Hauts-de-France : JurisData n° 2018-022093 ; JCP A 2019, 2122)*.

La contribution du contentieux des contractuels au contentieux administratif s'est également manifestée dans un autre domaine, et d'une autre manière, celui des contrats. Le contentieux des contractuels, ce n'est pas le contentieux des contrats administratifs, mais il existe des liens entre les deux, notamment conceptuels. En voici à nouveau deux illustrations.

Tout d'abord, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont su, par soucis de simplification, dépasser les frontières traditionnelles du contrat administratif. Selon les critères jurisprudentiels habituels, est administratif, notamment, le contrat conclu avec l'Administration et qui est relatif à l'exécution même d'une mission de service public. Les contractuels de l'Administration se partageaient ainsi entre des contractuels de droit public, qui participaient à l'exécution du service public, et des contractuels de droit privé, qui n'y participaient pas. Parfois, le même agent était tour à tour contractuel de droit public et contractuel de droit privé, comme la célèbre *Dame veuve Mazerand (T. confl., 25 nov. 1963, Vve Mazerand c/ Cne Jonquières, p. 792)*. Selon qu'elle était chargée de la garde des enfants ou du nettoyage des locaux scolaires, elle était contractuelle de droit public ou contractuelle de droit privé. Le Tribunal des conflits, dans le cas particulier des contractuels, et à rebours des autres contrats de l'Administration, a opté pour une solution de simplification : il a jugé que les personnels non statutaires des personnes morales de droit public travaillant pour le compte d'un service public administratif sont des agents de droit public quel que soit leur emploi *(T. confl., 25 mars 1996, n° 3000, Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône (Berkani), p. 535)*. Soit

un seul régime, quelles que soient les fonctions exercées et un seul juge en cas de litige. Solution à plusieurs égards opportune donc.

L'effort a toutefois rencontré ses limites lorsqu'un même agent est recruté sous des régimes successifs, dont certains relèvent légalement du droit privé (emploi solidarité ou emploi jeune par ex.), les autres demeurant de droit public selon la jurisprudence *Berkani* : on retrouve alors des régimes différents et des juges différents selon les périodes d'emploi de cet agent (en ce sens *T. confl., 23 nov. 2009, n° 3733, Tourdot c/ université de Valenciennes et du Hainaut-Cambrésis*).

Ensuite, il faut mentionner cet aller-retour conceptuel entre le contentieux des contractuels et le contentieux des contrats administratifs, qui s'est opéré en moins de 20 ans. Après que le Tribunal des conflits, dans l'affaire Berkani, se soit affranchi de la définition traditionnelle du contrat administratif, le Conseil d'État, 2 années plus tard, a dépassé, lui aussi, une autre frontière du droit administratif, pourtant bien fermée : admettre que des tiers puissent former un recours contentieux, en la forme d'un recours pour excès de pouvoir, contre le contrat conclu avec un agent public *(CE, sect., 30 oct. 1998, Ville de Lisieux, p. 375, concl. J.-H. Stahl)*. Le commissaire du Gouvernement Stahl, qui préconisait cette solution à la section du contentieux, prenait soin d'indiquer qu'elle n'avait qu'une portée circonscrite : « *Au bénéfice de ces observations générales, nous vous proposerons de procéder aujourd'hui à une petite simplification jurisprudentielle dans un contentieux particulier, celui des contrats de recrutement d'agents publics. Dans ce domaine, l'effort à accomplir n'est pas considérable. Il reviendrait à admettre que les tiers, et non plus seulement le préfet agissant par voie de déféré, puissent demander au juge de l'excès de pouvoir l'annulation de ces contrats d'engagement et non plus l'annulation des seuls actes détachables de ces contrats. Le contentieux de ces contrats serait unifié, quel que soit l'auteur de la requête. Il serait radicalement simplifié* ».

La jurisprudence *Ville de Lisieux* a bien été, par la suite, présentée comme une exception, un cas particulier, propre aux contractuels de l'Administration, précisément parce que ne sont pas en cause des contrats comme les autres ; ce sont, disait un autre commissaire du gouvernement, des « *contrats un peu particuliers qui, en raison de leur objet ne sont pas loin d'être de « faux contrats » plaçant les agents recrutés dans une situation très proche de celle des fonctionnaires [...]. Aussi faut-il en déduire que vous n'avez pas entendu, par cette affaire Ville de Lisieux, abandonner votre jurisprudence traditionnelle. L'exception qui est ainsi aménagée, clairement circonscrite, ne fait que confirmer le principe* » *(concl. D. Casas sur CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, Sté Tropic travaux signalisation Guadeloupe)*.

Puis, finalement, *Ville de Lisieux* est apparu comme l'illustration, voire la preuve, que le tiers peut, sans aucun dommage, ne pas être exclu du contentieux dirigé directement contre le contrat. Devant l'Assemblée du contentieux, Bertrand Dacosta, concluant sur l'affaire Tarn-et-Garonne, utilise l'argument : « *[...] la muraille dressée devant les tiers a été ébréchée* » indique-t-il, avant de citer notamment le recours pour excès de pouvoir ouvert à l'encontre des contrats de recrutement d'agents publics par Ville de Lisieux, même s'il note que ces contrats « *il est vrai, dérogent sur bien des points au droit commun des contrats administratifs* » *(concl. sur CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, dpt Tarn-et-Garonne)*. Conceptuellement cependant, le contentieux des contractuels a ainsi contribué, à sa manière, aux grandes évolutions opérées en matière contractuelle.

> *« (...) pendant de nombreuses années, le contentieux des contractuels a surtout consisté à dessiner un cadre juridique à une catégorie qui en manquait (...) »*

De ces tendances générales et de ces quelques jurisprudences, il ressort que, pendant de nombreuses années, le contentieux des contractuels a surtout consisté à dessiner un cadre juridique à une catégorie qui en manquait : que ce soit à propos des règles de fond (les droits et garanties) ou en ce qui concerne les règles de forme (les recours contentieux). Le contractuel vivait dans l'ombre du titulaire ; il cherchait à lui emprunter des règles et des principes.

C'est certainement moins vrai maintenant. Non seulement parce que le contractuel bénéficie d'un droit qui s'est considérablement enrichi, par les textes récents et la jurisprudence accumulée. Mais aussi, parce que, désormais, le contractuel est sorti de l'ombre. C'est lui qui met en lumière les défauts (si on les considère comme tels) et les rigidités (si on les regarde sous cet angle) du statut des titulaires.

L'avant-projet loi de « transformation de la fonction publique » est significatif de cette démarche. Il prévoit un recours accru aux contractuels. Les dispositions le permettant figurent dans un titre intitulé « *Transformer et simplifier le cadre de gestion des ressources humaines pour une action publique plus efficace* » et dans un chapitre 1er qui a pour but de « *Donner de nouvelles marges de manœuvre aux encadrants dans le recrutement de leurs collaborateurs* ». Selon ce texte, le contractuel, c'est donc plus simple, plus efficace, plus moderne.

Pendant longtemps, le contractuel cherchait, au contentieux, des règles protectrices, comme celles reconnues aux titulaires. Il est possible de penser qu'à l'avenir, si les tendances en cours se confirment, la logique contentieuse va s'inverser : c'est le titulaire qui va contester la place offerte au contractuel, la préférence accordée au contractuel ; c'est le titulaire qui pourra se plaindre de l'ombre que lui porte le contractuel.

Laurent DOMINGO,
maître des requêtes au Conseil d'État,
chargé d'enseignements à la FDEG (UPHF)

MOTS-CLÉS : *Fonctions publiques - Contractuel*

Éléments bibliographiques (sélectifs)

Proposés par Jean-François Boudet
avec le concours de Caroline Michel, Centre de gestion du Nord

Ouvrages généraux

Aschieri Gérard et Le Pors Anicet, La Fonction publique du XXIème siècle, janvier 2015, Éditions de l'Atelier
Burdeau François, Histoire de l'administration française du 18ème au 20ème siècle, Paris Montchrestien, 1991, 355 p
Chevallier Jacques, L'Etat post-moderne, LGDJ, Coll. Droit et Société «Politique », 2017, 322 p
Espagno-Abadie Delphine, Peneranda Adrien, Fonction(s) publique(s) le défi du changement coordination, Rennes, Presses de l'École des hautes études en santé publique. 2018, Série :
Profession cadre service public, 190 p
Grégoire, Roger, La fonction publique, Paris, A. Colin, 1954, 360 p
Le Pors Anicet : La Déontologie des cadres publics pour un service public responsable, ouvrage collectif sous la direction de Jacky Simon, août 2012, Collection « Profession cadre service public »
Rouban Luc, Quel avenir pour la Fonction publique, Paris, La Documentation française, coll. Doc en poche, Place au débat, 2017, 186 p

Articles de doctrine

Derboulles, Laurent, Quel statut pour le contrat au sein d'une fonction publique transformée ?, Actualité Juridique Fonctions Publiques (AJFP), 01/07/2019, p.190-196
Jean-Pierre Didier, Point de vue sur la loi de transformation de la fonction publique, Lexis Nexis 360 collectivités territoriales, 16/09/2019
Magnaval, Olivier ; Brière, Maud, La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique revisite largement les dispositions statutaires pour les employeurs et agents publics des trois versants (2e partie), JCP A (Administrations et collectivités territoriales), 09/09/2019, p. 4-7
Magnaval, Olivier ; Brière, Maud, La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique revisite largement les dispositions statutaires pour les employeurs et agents publics des trois versants (1re partie), JCP A (Administrations et collectivités territoriales), 02/09/2019, p.5-9
Niquège, Sylvain, Contrat et fonction publique : « je t'aime, moi non plus », Droit ouvrier, 01/09/2019, p. 561-569
Pauliat, Hélène, Un projet de loi en 2019, pour quelle fonction publique ?, JCP A (Administrations et collectivités territoriales), 12/11/2018, p. 2-4
Villeneuve, Pierre, Demain, tous contractuels ? À propos du projet de loi de transformation de la fonction publique du 14 février 2019, JCP A (Administrations et collectivités territoriales), 25/02/2019, p.3-5
Zarka, Jean-Claude, La loi de transformation de la fonction publique, Les Petites Affiches, 10/09/2019, p. 10-19
IAJ n°9 Septembre 2019, La Documentation Française, CIG PC, "Le nouveau cadre du dialogue social"

Webographie

https://www.fonction-publique.gouv.fr/loi-de-transformation-de-la-fonction-publique
https://www.economie.gouv.fr/publication-loi-transformation-fonction-publique
https://www.lagazettedescommunes.com/634233/reforme-de-la-fonction-publique-la-loi-publiee-au-journal-officiel/
https://www.amf.asso.fr/documents-loi-transformation-la-fonction-publique-decryptage-articles-relatifs-la-fonction-publique-territoriale/39564
https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/avis-sur-un-projet-de-loi-de-transformation-de-la-fonction-publique
Les transformations du travail dans la fonction publique : expérimentations et perspectives de développement", la Revue des Conditions de Travail, n°8, ANACT, décembre 2018 :
https://www.anact.fr/les-transformations-du-travail-dans-la-fonction-publique-experimentations-et-perspectives-de
https://www.banquedesterritoires.fr/comment-developper-une-culture-du-dialogue-social-dans-les-collectivites
http://www.departements.fr/retour-matinee-adffncdg-15-mai-2019/
http://www.departements.fr/wp-content/uploads/2019/05/CP-colloque-ADF-FNCDG.pdf

Conférence Régionale pour l'Emploi Territorial

Vendredi 15 novembre 2019

« Les agents publics de demain »

Remerciements

Sylvie Baron - Direction ressources humaines et logistique Cdg59, **Michelle Beuvry** - DGS Cdg80, **Cyrille Buart** - Responsable recrutement et concours Cdg02, **Anne-Sophie Budynek** - Responsable communication Cdg62, **Alexandre Catrysse** - Chargé d'études statistiques et prospectives Cdg59, **Lucie Deheyer** - Directrice pôle gestion prévisionnelle de l'emploi territorial Cdg60, **Delphine Destinée** - Service statistique pôle concours et développement de l'emploi public Cdg62, **Bernard Devaux** - DGS Cdg62, **Claire Janquin** - DGA Cdg62, **Xavier Lalonde** - DGS Cdg02, **Laurie Le Saux** - Assistante DGS Cdg59, **Zeljka Lukic** Secrétariat direction concours Cdg59, **Caroline Michel** - Cadre juridique concours Cdg59, **Marie-Christine Saelens** - Direction concours Cdg59, **Olivier Sayag** - DGS Cdg60, **Myriam Vanrast** - Direction emploi Cdg59, **Roger Vicot** - Directeur de cabinet Cdg59.

Ainsi que les agents et agents des services technique, informatique et de la direction des affaires générales du Cdg59, les étudiants de l'EFAP.

• **Cdg02**
14 rue Lucien Quittelier
BP 20076 - 02302 CHAUNY
Tél. 03 23 52 01 52 **www.cdg02.fr**

• **Cdg59**
14, rue Jeanne Maillotte CS 71222
59013 LILLE CEDEX
Tél. 03 59 56 88 00 **www.cdg59.fr**

• **Cdg60**
2, rue Jean Monnet
BP 20807 - PAE du Tilloy
60008 BEAUVAIS CEDEX
Tél. 03 44 06 22 60 **www.cdg60.fr**

• **Cdg62**
Cité de la Fonction Publique Territoriale Pierre Mauroy
Allée du Château Labuissière - BP 67
62702 BRUAY LA BUISSIERE CEDEX
Tél. 03 21 52 99 50 **www.cdg62.fr**

• **Cdg80**
32, rue Lavalard
CS 12604 - 80026 AMIENS CEDEX 1
Tél. 03 22 91 05 19 **www.cdg80.fr**
de 13h30 à 17h00 (sauf mercredi)