



HAL
open science

Du statut au contrat : vers une fonction publique “déstatufiée” ?

Boris Barraud

► **To cite this version:**

Boris Barraud. Du statut au contrat : vers une fonction publique “déstatufiée” ?. Charles Fortier. Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?, Dalloz, pp.159-176, 2014, 9782247134670. hal-01367449

HAL Id: hal-01367449

<https://amu.hal.science/hal-01367449>

Submitted on 16 Sep 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



L.I.D.2 M.S.

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

Boris Barraud, « Du statut au contrat – Vers une fonction publique “déstatufiée” ? », in Charles Fortier, dir., *Le statut général des fonctionnaires : trente ans, et après ?*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2014, p. 159 s.

manuscrit de l'auteur



Agis de façon telle que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans toute autre, toujours en même temps comme fin, et jamais simplement comme moyen.

Emmanuel Kant, *Fondation de la métaphysique des mœurs*,
1785

En 1907, lorsque le député Georges Demartial proposa d'ériger, au profit des fonctionnaires, un régime juridique *ad hoc* qualifié de « statut », « ce n'[était] pas dans [leur] intérêt, mais dans l'intérêt du pays »¹. Ainsi apparaissait déjà le conflit immanquable entre exigences de l'État-employeur et exigences de ses employés, lequel ne manque pas de rappeler — *ceteris paribus* — celui pouvant exister à l'échelle de l'entreprise commerciale. Si, un siècle plus tard, nombre de textes ont coulé sous les ponts des assemblées, rien n'est vraiment changé. Certes, nul n'ignore le nom de la seule réponse valable face à cet antagonisme — « équilibre » —, mais celle-ci demeure ô combien difficile à débusquer pratiquement. Il ne faut, pour autant, en aucun cas arrêter la quête, car les enjeux sont à la fois multiples et de taille.

Dans sa « proposition de loi sur l'état des fonctionnaires civils », Georges Demartial invitait le législateur à « fixer leur condition par la loi »². Si son texte ne sortira finalement pas indemne de son passage entre les fourches caudines de la représentation nationale, l'idée portée, en revanche, connaîtra une postérité tardive mais remarquable. La nature juridique de la situation du fonctionnaire est ainsi longtemps demeurée incertaine et discutée³. Sous la III^e République, s'opposaient les partisans de la nature contractuelle de cette situation et les partisans de sa nature légale et réglementaire. Dans le même temps, le Conseil d'État développait la théorie dite « du contrat de fonction publique », différent du contrat de droit privé, afin de justifier l'interdiction du droit de grève ; avant de finalement reconnaître implicitement la situation légale et réglementaire des fonctionnaires⁴. C'est le statut de Vichy qui consacra solennellement, en son article 4, le fait que « le fonctionnaire est soumis dès son entrée dans les cadres, aux dispositions législatives et réglementaires régissant la fonction publique. Les modifications ultérieures lui sont applicables dès leur publication, sans que l'intéressé puisse se prévaloir de prétendus droits acquis résultant des textes antérieurement en vigueur ». Et l'article 4 de la loi

¹ G. DEMARTIAL, « De l'opportunité d'une loi sur l'état des fonctionnaires », *RDP*, 1907, p. 7 (cité par D. JEAN-PIERRE, « 1946-2006 : du statut général des fonctionnaires à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique », *JCP A*, n° 42, 16 oct. 2006, p. 1241).

² *Ibid.*

³ Cf. not. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, 2^e éd., De Boccard, 1923, p. 103 ; M. HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Sirey, 1933, p. 736 ; G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, 3^e éd., Giard, 1930, p. 244.

⁴ CE, 22 oct. 1937, *Demoiselle Minaire et autres*.

du 13 juillet 1983¹ de confirmer que « le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire ».

Le statut général de la fonction publique est octroyé par la loi générale² et par des décrets d'application et des décrets portant statut particulier des différents corps ou cadres d'emplois. Pareil légalisme porte un objectif pratique clair : rendre applicable un droit dérogatoire au droit commun, le droit commun du travail en particulier. Il est la conséquence logique, comme l'exposait le député Yves Fagon devant l'Assemblée nationale constituante dans son rapport sur ce qui allait devenir la loi du 19 octobre 1946, du fait que « la fonction publique n'est pas un métier, une profession comme les autres. Des intérêts publics, supérieurs aux intérêts privés, sont ici en cause [...]. Le lien qui unit l'administration et le fonctionnaire ne saurait donc être considéré comme un contrat librement et entièrement débattu entre les parties et dont chaque clause peut être discutée et éventuellement adaptée aux situations personnelles ».

La notion de contrat — certainement plus privatiste que publiciste quoi qu'en ait dit Rousseau — est donc, depuis longtemps, inconnue de l'état des fonctionnaires. Le caractère légal et réglementaire de leur situation interdit qu'ils puissent être unis à leur employeur par une quelconque convention qui viendrait modifier leurs droits et obligations. Comme l'écrivait déjà en 1930 Gaston Jèze, « le procédé du contrat n'intervient à aucun moment. Ce n'est pas un contrat qui fait entrer les agents du service public. Ce n'est pas un contrat qui règle les droits et obligations des individus au service public. Ce n'est pas un contrat qui fixe la durée des fonctions et les conditions de la sortie du service public. La sanction des droits et obligations des agents au service n'est pas celle des droits et obligations résultant d'un contrat »³.

Pourtant, cela ne signifie guère que la notion de contrat est aujourd'hui extérieure à la fonction publique *in extenso*. Aussi de plus en plus de commentateurs s'interrogent-ils sur la possibilité et la réalité d'une concurrence nouvelle entre statut et contrat⁴. Cette question, de prime abord subversive et iconoclaste, mérite certainement d'être (p)osée dès lors que le Conseil d'État l'a soulevée, gravement, dès 2003⁵. À cette occasion, les conseillers s'intéressèrent même, au-delà de leur opposition, au rapprochement entre fonctionnariat et contrat, notant qu'il faudrait à l'avenir davantage « que la loi pose le principe d'un droit des fonctionnaires à la

¹ Loi n° 83-634 du 13 juill. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dite « Le Pors ».

² Loi n° 84-16 du 11 janv. 1984 ; Loi n° 84-53 du 26 janv. 1984 ; Loi n° 86-33 du 9 janv. 1986.

³ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. II, *op. cit.*, pp. 244-245.

⁴ Cf. par exemple C.-A. GARBAR, « Quelle(s) réforme(s) pour la fonction publique : statut ou/et contrat ? », *AJFP*, n° 6, nov. 2005, pp. 281 s. ; M. POCHARD, « La place donnée au contrat dans l'organisation de la fonction publique », *AJDA*, n° 19, mai 2003, pp. 991 s.

⁵ Le rapport du Conseil d'État consacré à la fonction publique, rendu en 2003, comportait une subdivision intitulée « Quelle place au contrat dans le droit de la fonction publique ? » (EDCE 2003, *Perspectives pour la fonction publique*). Cf. M. POCHARD, « Perspectives pour la fonction publique », *JCP A*, n° 14, 31 mars 2003, pp. 411 s.

négociation collective de tout ou partie de leurs conditions d'emploi et de travail, mais aussi détermine les conditions de validité, en la forme et sur le fond, de ces accords collectifs ainsi que les conditions auxquelles seraient subordonnées leur prise d'effet, leur dénonciation et leur extension »¹. Et le Conseil d'État, dans le même temps, de proposer le développement du « contrat d'affectation sur emploi »², contrat venant s'ajouter au cadre statutaire et non s'y substituer. La problématique de la contractualisation du droit de la fonction publique émerge ainsi en premier lieu à l'intérieur même du statut³, le principe de participation impliquant l'association des agents aux prises de décisions les concernant, par l'intermédiaire de leurs délégués siégeant dans les organismes consultatifs⁴.

Mais la confrontation du statut et du contrat peut encore — et c'est là le sujet de la présente contribution — résulter du recours à des agents publics recrutés au moyen de contrats de travail. Or il est remarquable que, nonobstant des discours politiques souvent parfaitement édulcorés, le contrat devient de plus en plus un mode ordinaire de mobilisation des ressources humaines. Ce phénomène est, tout d'abord, permis par l'absence de définition légale de la fonction publique. Les textes, et le statut général en particulier, ne se sont jamais risqués à préciser ce qu'ils entendaient à travers cette expression. C'est donc à la doctrine qu'est revenu le soin d'éclairer la notion, ce qu'elle a fait en retenant un critère organique principal : « fonction publique » désigne l'ensemble du personnel employé par les personnes publiques et, en conséquent, soumis à un statut de droit public⁵ ; ainsi qu'un critère matériel second : « fonction publique » recouvre tous les agents affectés à une mission de service public. Partant, rien ne s'opposait *ab initio* au développement d'un statut parallèle de la fonction publique composé d'agents recrutés par voie contractuelle.

¹ EDCE 2003, *Perspectives pour la fonction publique*, p. 335 ; cf. également sur ce sujet J. FOURNIER, *Livre blanc sur le dialogue social dans la fonction publique*, La documentation française, 2002.

² *Ibid.*, p. 242.

³ En outre, les nombreuses réformes du statut général des fonctionnaires ont contribué à édifier un véritable droit public du travail. On se demande ainsi si le droit de la fonction publique est encore une branche du droit public (D. JEAN-PIERRE, « 1946-2006 : du statut général des fonctionnaires à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique », préc., p. 1241) et on évoque un mouvement de « travailisation » au sein de ce droit (E. AUBIN, *Droit de la fonction publique*, 4^e éd., Gualino, coll. Master-pro, 2010, p. 23). Il convient, ici, de rappeler la fameuse jurisprudence *Berkani* (T. confl., 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes*, dite décision « Berkani ») qui a sensiblement clarifié l'état du droit en jugeant qu'un agent était automatiquement soumis au droit public dès lors qu'engagé pour exercer un emploi dans un service public administratif. Le droit public s'applique donc automatiquement aux personnels non statutaires travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif. Reste ensuite à distinguer caractère administratif et caractère industriel et commercial.

⁴ Loi n° 83-634 du 13 juill. 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 9. La loi n° 2010-751 du 5 juill. 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique a largement modifié les règles de représentativité, la composition et le rôle des organismes consultatifs (commissions administratives ou consultatives paritaires, comités techniques, comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail notamment).

⁵ Cf. par exemple R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 2, Montchrestien, 2000, p. 7.

Par ailleurs, alors que l'administration française apparaît depuis longtemps aussi figée que pléthorique et complexe, de nombreux États alentours se sont radicalement transformés, subissant une véritable cure de pragmatisme. Depuis le début des années 1980, d'aucuns ont réduit la voilure de la fonction publique statutaire aux seuls domaines régaliens, ont recouru abondamment à la négociation collective, ont confié la gestion des ressources humaines à des autorités indépendantes ou, même, ont aligné les droits des « salariés publics » sur ceux des salariés privés. Certainement la France cherche-t-elle à rattraper son « retard » — le terme est ô combien relatif — et l'emploi d'agents contractuels s'est-il, en conséquence, multiplié au cours des dernières années, ce qui ne manque pas d'affecter le monument statutaire et d'impliquer un rapprochement public-privé.

À côté de la fonction publique traditionnelle — de carrière et « statufiée » —, se développe donc, surtout depuis le début des années 2000, une fonction publique « bis », reposant sur la logique contractuelle et contribuant à un mouvement de « déstatufication », c'est-à-dire de banalisation de ce qui, il y a peu, revêtait encore tous les atours de la grandeur de l'État et de la noblesse des tâches publiques. Mais statufier, c'est rendre immobile ; or d'aucuns ne reprochent-ils pas à la fonction publique sa certaine inertie ? Le statut serait bien statue, à double titre. À l'heure où l'accélération du temps contemporaine appelle toujours plus de souplesse, « déstatufier » la fonction publique — *i.e.* l'émanciper de ce statut qui la fige par trop — apparaît nécessaire. Le mouvement de contractualisation, loin d'être anodin, participe donc pleinement de la réponse à l'exigence d'adaptabilité et de rationalisation de la gestion et des dépenses publiques ; et nul ne doute que, appréhendé sous un angle économique, il est des raisons de l'encourager (I). Seulement, doit être posée aussi — d'abord ? — la question des droits et de la protection des agents non titulaires ; et, approché sous l'angle social et politique, le phénomène s'avère alors éminemment plus contestable, car le statut-statue permet de graver dans le marbre les droits sociaux des fonctionnaires, mais aussi les droits politiques de l'ensemble des citoyens (II). En effet, à travers les premiers ce sont bien les seconds et la République qui se voient préservés des manipulations douteuses. Tandis que la récente loi du 12 mars 2012 est venue consolider ce dualisme, il convient de s'interroger et de mettre en balance les gains et périls liés au développement de la fonction publique contractuelle. Comme l'économie et le social font rarement bon ménage, il conviendra *in fine*, de renouveler l'appel à l'« équilibre », cet horizon par définition inatteignable mais dans la direction duquel il faut, malgré tout, continuer inlassablement d'avancer¹.

¹ Cet équilibre est impossible car les considérations en cause sont nécessairement politiques. Ainsi, l'équilibre aux yeux des uns est forcément déséquilibre aux yeux d'autres. L'arène politique ne contiendra toujours — ce qui est regrettable mais aussi tellement naturel — que des combats de convictions et jamais de combats d'arguments. En la matière, s'opposent, aussi stérilement que violement, les statutaires, qui arguent de la protection des droits acquis des agents, et les gestionnaires, qui plaident pour la souplesse de la gestion des personnels. Dans tous les cas, il n'appartient pas au scientifique de prendre parti quant à l'opportunité politique des évolutions en cause ; il doit être athée politiquement. Il lui incombe seulement de les décrire et d'en mesurer les implications et effets au moyen d'instruments objectifs. Cf. J. CAILLOSSE, « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'État », *RFAP*, n° 105, nov. 2003, pp. 121 s. ; D. JEAN-PIERRE, « 1946-2006 : du statut général des fonctionnaires à la gestion des ressources humaines dans

I. L'angle économique : le contrat comme moyen d'une modernisation de la fonction publique

Au sein de fonctions publiques en manque d'adaptabilité, le contrat de travail est chaque jour davantage plébiscité par des employeurs publics soucieux de moderniser leurs services, spécialement du point de vue des techniques de gestion des ressources humaines, et de répondre au meilleur coût aux attentes des usagers et à leurs évolutions. C'est donc avant tout l'ouverture au pragmatisme économique qui justifie le mouvement de contractualisation et, plus généralement, de « privatisation »¹ de la fonction publique (A). *De facto*, différentes interventions législatives, sans jamais être radicales, ont favorisé l'introduction toujours plus profonde du contrat de travail parmi la fonction publique française (B).

A. Le pragmatisme du recours au contrat

Véritable pilier de l'État, la fonction publique revêt, aujourd'hui encore, tous les atours d'une noblesse qui lui assure respect et protection. Face à l'individualisme et au globalisme ambiants, elle se propose de défendre l'intérêt général et les valeurs du service public. Pour ce faire, elle s'adjoint les services de « salariés » spéciaux — les fonctionnaires — bénéficiant d'un statut dont les spécificités ont été pensées afin qu'ils puissent promouvoir au mieux ledit intérêt et lesdites valeurs : sélection par concours, séparation du grade et de l'emploi — pour détacher la fonction publique des intérêts partisans et ainsi préserver la neutralité des services — ou encore évolution méliorative du parcours des agents — afin de les gratifier de leurs services rendus —. Seulement, à l'instar de toutes choses en ce monde, la fonction publique et son statut général sont entrés de pleins pieds dans l'ère de la « mondialisation-globalisation-régulation-gouvernance ». Tandis que le vocabulaire du secteur privé et de l'entreprise commerciale pénètre la sphère publique, la gestion des ressources humaines est chaque jour un peu plus une nécessité en même temps qu'une réalité. Ainsi, loin d'un simple et innocent glissement terminologique et sémantique, la pratique mue en profondeur sous la pression des impératifs économiques et de gestion, mais aussi des choix politiques ou encore des aspirations des employés publics eux-mêmes.

En effet, il faut souligner ici combien la demande de contrat n'est guère unilatérale. Les nouvelles générations de fonctionnaires, qui, en raison de la révolution démographique, sont quantitativement plus importantes que par le passé,

la fonction publique », préc., qui évoque « une violence d'échanges que n'auraient pas reniée les classiques et les modernes » (p. 1241).

¹ C. D'ORTA, E. DIAMANTI, « La fonction publique vers la privatisation », *RFAP*, n° 67, juill. 1993, pp. 347 s. ; D. JEAN-PIERRE, « La privatisation du droit de la fonction publique », *JCP A*, n° 29, 15 juill. 2003, pp. 973 s. ; M. TOUZEIL-DIVINA, « "Travaillisation" ou "privatisation" des fonctions publiques ? », *AJFP*, n° 5, sept. 2010, pp. 228 s.

avancent des exigences nouvelles, presque « postmodernes ». Elles aspirent notamment à davantage de mobilité, que ce soit au sein de leurs administrations, entre les administrations ou entre les secteurs public et privé ; elles souhaitent également une personnalisation plus forte des profils professionnels, *i. e.* une véritable négociation des éléments de l'emploi. Tout cela implique d'évidents bouleversements — si ce n'est renoncements — parmi les règles statutaires, dans le sens de plus de souplesse et de flexibilité. En outre, l'État a perdu beaucoup de ses capacités et de sa marge de manœuvre au cours des dernières années ; il se trouve contraint de fait à ne plus se concentrer que sur ses fonctions régaliennes. Et la tutelle de l'Union européenne pousse vers une approche globale du droit du travail tendant à transcender la *summa divisio* public/privé, laquelle est d'ailleurs assez franco-française ou, en tout cas, latino-latine. À l'aune de ces éléments, le contrat de travail semble tout indiqué comme étant l'instrument le plus pertinent.

Après que plusieurs virages politiques, sociaux et/ou économiques aient été entrepris, à des échelles différentes, au cours des trente dernières années, nul doute que le contexte imprégnant 2013 diffère sensiblement de celui qui imprégnait 1983. Le statut général semble de moins en moins praticable à mesure que l'État adopte de plus en plus les traits d'une grande entreprise publique et les agents de plus en plus les contours de classiques ouvriers¹. À l'heure de l'internet et de la finance transnationale, sont exigées avant tout autres choses efficacité, rendement, qualité de gestion et utilisation rationnelle des deniers publics. Les grands principes (égalité, neutralité, impartialité, probité) — et l'intérêt général ? — ne se positionnent plus alors qu'en seconde position². Est symptomatique la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances lorsqu'elle invite à passer d'une « administration de moyens » à une « administration de résultats »³. Partant, la priorité des énarques, irarques et autres attachés n'est certainement pas de préserver le modèle de fonction publique « à la française », fondé sur la carrière, symbole de la spécificité du public que le privé ne saurait comprendre. Priorité est plutôt donnée, par les dirigeants publics, au système de l'emploi, à la satisfaction des impératifs de gestion, d'efficacité, de performance et de recherche du moindre coût. Peut-être le statut est-il depuis sa naissance une exception excessive et, dès lors, ne s'agit-il à l'heure actuelle que de « revenir à une conception du droit de la fonction publique qui limite les spécificités de ce droit à ce qui est nécessaire à l'accomplissement des missions de la puissance publique et qui normalise la place de la fonction publique dans la société »⁴.

¹ Cf. C. MONIOLLE, « Le non-titulariat dans la fonction publique de l'État, un phénomène inéluctable », *AJFP*, n° 2, avril 1998, pp. 45 s.

² Cf. B. CUBERTAFOND, « Critique de l'administration sous emprise libérale », *Rev. adm.*, n° 352, juill. 2006, spéc. p. 426.

³ Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, dite « LOLF » ; cf. D. JEAN-PIERRE, « 1946-2006 : du statut général des fonctionnaires à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique », préc.

⁴ M. POCHARD, « Les implications de la libre circulation : plus qu'une banalisation, la normalisation du droit de la fonction publique », *AJDA*, n° 36, 27 oct. 2003, p. 1910.

Il ne semble, néanmoins, guère réaliste d'avancer l'opinion – trop *déséquilibrée* – selon laquelle la nécessaire évolution des modes de gestion et la flexibilité ne seraient que des prétextes à une réforme profonde d'une fonction publique en perte de valeurs, de légitimité et en parfait décalage avec son temps¹. La disparition progressive mais totale des titulaires serait alors parfaitement naturelle, tout comme celle de la fonction publique ou, en tout cas, de son essence. Il convient préférablement de retenir que la modernisation du statut des fonctionnaires et le recours croissant au contrat de travail s'inscrivent dans une perspective d'efficacité et de redynamisation des services publics. Le recrutement d'un agent par voie contractuelle, après entretien visant à évaluer son aptitude à exercer les fonctions spécifiques du poste, présage logiquement de « gains de productivité », d'une adéquation supérieure avec les exigences de l'emploi ; là où les concours ouvrent l'accès à des postes divers et variés, mais pas forcément adéquats. Ce sont d'ailleurs ces observations qui, tout particulièrement, ont motivé Jean-Ludovic Silicani à préconiser, dans son *Livre blanc de la fonction publique*², la généralisation des CDI publics. Cependant le débat est ouvert et, *a contrario*, le Conseil d'État a pu affirmer que « le statut est une garantie essentielle pour le bon exercice des fonctions publiques [et] il est déraisonnable, sinon contradictoire, de permettre que se développe en marge de ce statut l'occupation d'emplois publics par les agents contractuels »³.

La force dévastatrice de la logique économique conduit à se demander s'il sera utile, à l'avenir, de conserver le dualisme emplois à vie-emplois à durée indéterminée. Certainement la tentation sera-t-elle grandissante de renoncer aux premiers dès lors que la « flexi-sécurité » aura acquis ses lettres de noblesse, en particulier du fait des institutions européennes qui incitent à accorder plus de garanties contre les licenciements⁴. Si l'équilibre nécessaire pâtirait de pareille disparition, l'emploi à vie pour tous, lui, en tout cas, a vécu.

Pour l'heure, la modernisation est certainement entamée mais pas encore achevée. Le nombre global de fonctionnaires continue de progresser, spécialement sous l'effet de l'accroissement de la fonction publique territoriale qui connaît d'importants transferts de personnels venant de l'État dans le cadre de la décentralisation et du renouvellement de la gestion des compétences. Aussi la fonction publique française est-elle appelée à évoluer tout autant parmi les comportements et les consciences que parmi les textes. Ce n'est que par touches successives, partielles et insensibles que s'est faite et que continuera de se faire la modernisation évoquée ; nulle grande réforme révolutionnaire ouvrant grandes les portes de la fonction publique au contrat n'est à attendre et encore moins à espérer.

¹ J. RICHARD, « Quelles perspectives pour la fonction publique de l'État en France ? Trois raisons pour hâter le changement », *Pouvoirs*, n° 117, avr. 2006, p. 137.

² J.-L. SILICANI, *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique : faire des services publics et de la fonction publique des atouts pour la France*, La documentation française, avr. 2008.

³ EDCE 2003, *Perspectives pour la fonction publique*, p. 342.

⁴ Cf. J.-M. LEMOYNE DE FORGES, « Exigences communautaires et exigences managériales se rejoignent-elles ? », *AJDA*, n° 36, 27 oct. 2003, spéc. p. 1917.

B. Le développement du recours au contrat

Alors qu'il existe une véritable demande de souplesse et de flexibilité, reste à l'offrir le soin de la satisfaire. La loi du 11 janvier 1984 relative aux fonctionnaires de l'État¹ prévoit dès son origine que les statuts particuliers de corps ayant un caractère technique pouvaient déroger à certains éléments du statut général dès lors qu'ils ne correspondaient pas aux besoins spécifiques des corps concernés. Mais seul le gouvernement disposait de la faculté de décider de pareilles exceptions et le contrat n'était alors aucunement mobilisé. Aujourd'hui, l'article 3 du titre premier du statut général — jamais modifié — envisage le recrutement de contractuels, tout en soulignant son caractère nécessairement dérogatoire : « sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'État, des régions, des départements et des communes et de leurs établissements publics administratifs sont pourvus par des fonctionnaires ». Cette disposition peut être lue avant tout comme permettant, quand bien même le législateur reste libre d'en décider, le recours au contrat de travail. Or c'est peu dire que les parlementaires, guidés par les exigences contemporaines de gestion rationnelle des effectifs et des deniers publics, ont sensiblement développé, au cours de la dernière décennie spécialement, cette seconde catégorie d'emplois publics.

Les administrations emploient abondamment, depuis longtemps, des vacataires — « agent[s] recruté[s] au moyen de contrats à durée déterminée d'une durée inférieure à un an pour l'exécution d'un acte déterminé ou d'une tâche ponctuelle » suivant la définition retenue par le Conseil d'État² —. Toutefois, classer les vacataires parmi les agents contractuels demeure très contestable. Certainement convient-il de distinguer les vacataires *stricto sensu*, qui ne sont pas contractuels, des vacataires *lato sensu*, qui peuvent être contractuels à condition de recourir à un abus de langage. Concernant les plus communs CDD et CDI³, plusieurs textes de loi ont, depuis 1983, élargi la possibilité d'y recourir. Le décret du 17 janvier 1986⁴, tout d'abord, a permis de conclure un CDI pour un emploi public, à la condition que ce dernier corresponde « à un besoin permanent, impliquant un service à temps incomplet ». Ensuite, depuis 1987, le statut général prévoit que les collectivités territoriales, comme les services étatiques, peuvent opter, pour les emplois de catégorie A, en faveur de contrats de louage de service sur des emplois permanents « lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient »⁵. La loi du 12 avril 2000⁶, faisant suite à la jurisprudence *Berkani*, a quant à elle approfondi le

¹ Loi n° 84-16 du 11 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

² CE, 26 mars 2003, *Synd. nat. CGT de l'INSEE*.

³ Certainement le CDI empiète-t-il plus que le CDD sur le statut général des fonctionnaires.

⁴ Décret n° 86-83 du 17 janv. 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents non titulaires de l'État pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

⁵ Art. 4, titre II ; art. 3-3, titre III.

⁶ Loi n° 2000-321 du 12 avr. 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

droit au contrat pour l'État comme pour les collectivités, avant que la loi « Sapin » du 3 janvier 2001¹ ne permette aux administrations décentralisées de recruter le personnel des associations dissoutes tout en conservant leurs CDI. Néanmoins, quantitativement, ces dérogations sont longtemps restées limitées, le nombre global de contractuels s'avérant, *de facto*, limité.

C'est surtout la loi du 26 juillet 2005², subissant ou profitant de la tutelle européenne, qui a multiplié les cas légaux de recours possible au contrat de travail³ ; quand la « LOLF »⁴, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, n'a pas manqué d'apporter sa pierre à l'édifice de la contractualisation⁵. Enfin, la récente loi du 12 mars 2012⁶ prévoit le primo-recrutement en CDI dans la fonction publique d'État pour les fonctions qui, correspondant à un besoin permanent, impliquent un service à temps incomplet d'une durée n'excédant pas 70 % d'un service à temps complet. Le recrutement direct en CDI y est aussi consacré — mais à titre expérimental et donc temporaire — pour toutes les hypothèses où il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions correspondantes⁷. Il est encore réaffirmé au profit de la fonction publique hospitalière⁸ et accentué dans la fonction publique territoriale où devient possible de procéder, au nom du principe de libre administration, à des « sélections professionnelles » et où deviennent transportables entre administrations décentralisées les CDI. Désormais, les articles 3-1 à 3-3 du titre III regroupent les différents cas de recours par un employeur public local à des contractuels. Notamment, ces articles disposent que les emplois permanents des collectivités et établissements peuvent être occupés par des agents contractuels lorsque le besoin est clairement temporaire (accroissement temporaire ou saisonnier d'activité, congé annuel, congé maternité, congé maladie etc.), mais aussi lorsqu'il n'existe pas de cadre d'emplois de fonctionnaires susceptibles d'assurer les fonctions ou encore, pour les emplois de catégorie A, lorsque les besoins du service le justifient et à condition qu'aucun titulaire n'ait pu être recruté. Et la loi de prévoir également que des contractuels peuvent être affectés à des emplois permanents dans l'attente du recrutement de titulaires. Le législateur invite ainsi les employeurs

¹ Loi n° 2001-3 du 3 janv. 2001 relative aux collectivités territoriales, art. 9.

² Loi n° 2005-843 du 26 juill. 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique.

³ D. JEAN-PIERRE, « La généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique par la loi du 26 juillet 2005 », *JCP A*, n° 35, 29 août 2005, pp. 1302 s. ; V. BOUHIER, « De l'exception à la généralisation des contrats à durée indéterminée dans la fonction publique », *LPA*, n° 24, 2 févr. 2006, pp. 4 s.

⁴ Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

⁵ Cf. D. JEAN-PIERRE, « 1946-2006 : du statut général des fonctionnaires à la gestion des ressources humaines dans la fonction publique », préc.

⁶ Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique, art. 35.

⁷ Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012, art. 36.

⁸ Loi n° 86-33 du 9 janv. 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, art. 9.

publics à ne pas confondre principe et exception et à n'utiliser ces nouveaux dispositifs qu'avec parcimonie.

Aussi le contrat de travail n'est-il certainement pas encore devenu le principe et le statut l'exception ; la loi du 12 mars 2012 rappelle que le recrutement de contractuels se fait par dérogation au principe posé par l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 qui dispose que les emplois civils permanents des personnes publiques sont occupés par des fonctionnaires. Le nouvel article 3-3 2° de la loi du 26 janvier 1984 n'autorise ainsi le recrutement d'agents contractuels pour les emplois de la catégorie A que « sous réserve qu'aucun fonctionnaire n'ait pu être recruté ». À l'aune de cette précision, il semblerait donc que la possibilité pour les collectivités territoriales de recruter davantage d'agents contractuels en vertu du principe de libre administration soit exclue.

De plus, au moyen d'une réserve d'interprétation concernant la possibilité pour les personnes publiques de conclure des contrats d'avenir à durée indéterminée, insérée dans sa décision du 24 octobre 2012¹, le Conseil constitutionnel a entendu limiter le panel des recours possibles au CDI dans la fonction publique. Le juge de la loi relève en effet que, « si les contrats de travail associés à un emploi d'avenir étaient conclus par des personnes publiques pour une durée indéterminée, ces emplois d'avenir, au regard de leurs caractéristiques, constitueraient des emplois publics au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789. Or les emplois publics ne peuvent être pourvus qu'en fonction de la capacité, des vertus et des talents. Il n'en va pas de même en cas de contrats de travail à durée déterminée exécutés dans le cadre du dispositif social destiné à faciliter l'insertion professionnelle des intéressés. Dès lors, le recrutement à un emploi d'avenir étant réservé à des personnes jeunes dépourvues de qualification, [...] les personnes publiques ne sauraient recourir aux emplois d'avenir que dans le cadre des contrats de travail à durée déterminée »². Les conseillers de la rue de Montpensier souhaitent ainsi — de manière patente — protéger la fonction publique « à la française », basée sur le recrutement par concours et au mérite, et réserver les emplois publics permanents à des agents titulaires.

Malgré les garde-fous dressés par le législateur et par son juge, de nombreuses administrations ressemblent de plus en plus à des entreprises privées, gérant les ressources humaines, le capital humain, comme se gère tout capital matériel. Observé sous un angle économique, du point de vue de l'employeur-entrepreneur, ce pragmatisme grandissant et de moins en moins complexé apparaît assurément réjouissant. Seulement le débat serait faussé s'il ne donnait la parole qu'à l'économique, bâillonnant le social et le politique — au sens premier du terme —. Or ces derniers ont quelques remarques et critiques à adresser.

¹ Cons. const., déc. n° 2012-656 DC du 24 oct. 2012, *Loi portant création des emplois d'avenir*.

² Communiqué en ligne du Conseil constitutionnel relatif à ladite décision.

II. L'angle politique et social : le contrat comme source d'une dégradation de la fonction publique

Rare parmi les démocraties occidentales, la logique française du statut assure à ceux qui en bénéficient des droits importants et enviés, spécialement en comparaison de ceux des travailleurs du secteur privé. La contrepartie à ce protectionnisme social est, elle, désormais bien connue : le manque de souplesse et d'adaptabilité cohabite avec un égalitarisme des traitements et une promotion à l'ancienneté qui brident largement le recours aux critères du mérite ou de la performance. Engager une carrière pour répondre à un besoin ponctuel, ce serait évidemment une hérésie. Mais, aujourd'hui, la fonction publique se fait de plus en plus contractuelle, de moins en moins statutaire ; ses fondations sont ébranlées et l'esprit de 1946 paraît de plus en plus devoir être abandonné aux bibliothèques d'histoire. D'ailleurs, plus généralement, il semble que ce soient le service public et l'État-providence qui s'effacent chaque jour davantage. Seulement, dès lors que ce processus se produit en raison de l'émancipation d'un véritable opportunisme économique, il n'est pas assuré qu'il faille regretter l'âge d'or du statut, lorsqu'il était encore « statufié ».

D'aucuns s'inquiètent devant l'ajustement croissant du droit de la fonction publique avec le droit commun du travail, ajustement caractérisé en premier lieu par la contractualisation des relations professionnelles et par l'application, au nom d'un principe dit « d'équivalence », de règles empruntées au régime social des salariés privés. On évoque ainsi sans détour la « banalisation »¹, la « travaillisation »² ou — plus simplement — la « privatisation »³ du droit de la fonction publique ; on souligne que les collectivités territoriales offrent à présent « toutes les nuances de la précarité »⁴ ou combien la situation contractuelle de l'agent public est « poreuse »⁵ ; et on assimile le pan contractuel de la fonction publique à sa « mauvaise conscience »⁶.

Politiquement, la critique doit être encore plus sévère, tant c'est ici que réside la véritable légitimité du statut : protéger directement les fonctionnaires et, surtout, indirectement l'intérêt général, les citoyens et la République. Gaston Jèze, déjà, insistait sur ce point lorsqu'il écrivait que les serviteurs de l'État doivent nécessairement se trouver soumis à « un régime juridique spécial qui implique la subordination complète des intérêts privés et des intérêts partisans à l'intérêt

¹ J. BOURDON, « Vers une banalisation du droit de la fonction publique ? », *AJFP*, n° 6, nov. 2005, pp. 284 s.

² A. ONDOUA, *Les principes généraux du droit relatifs à la fonction publique*, Dalloz, 2007, p. 777 ; E. AUBIN, *Droit de la fonction publique*, op. cit., p. 37.

³ D. JEAN-PIERRE, « La privatisation du droit de la fonction publique », préc.

⁴ B. PERRIN, « Fonction publique territoriale : toutes les nuances de la précarité », CFP, 1998, p. 11 (cité par E. AUBIN, *La fonction publique territoriale*, op. cit., p. 162).

⁵ E. GLASER, « La porosité de la situation contractuelle d'un agent public », *RLCT*, n° 45, avril 2009, pp. 19 s.

⁶ M. POCHARD (cité par E. AUBIN, *La fonction publique territoriale*, op. cit., p. 162).

général »¹. Aussi le renforcement de la protection et des droits des agents publics sous contrat est-il apparu nécessaire aux yeux du législateur qui, par la loi du 12 mars 2012, s'est attelé à l'accroître (A). Néanmoins, socialement et politiquement, il ne fait aucun doute que le statut demeure éminemment préférable au contrat de travail (B).

A. La nécessaire revalorisation des droits des agents contractuels

Jusqu'à l'intervention de la loi du 26 juillet 2005, les agents contractuels ne pouvaient être liés que temporairement à un service puisque ni la « CDIisation », ni la titularisation ne leur était ouverte. Le législateur — idéaliste plus que pragmatique — souhaitait que le recours au contrat de travail ne soit qu'exceptionnel et ponctuel, voué uniquement à répondre à des circonstances particulières précisément identifiées. Dès l'instant où le pragmatisme a gagné une bataille face à l'idéalisme, où le Parlement a décidé d'investir le terrain du contrat de travail public, la question des droits et de la protection de ces employés publics non-statutaires s'est posée avec une plus grande acuité.

La première véritable évolution dans le sens d'une sécurisation est survenue avec la loi de 2005. Inspirée du droit social commun², elle a limité le nombre de CDD successifs dans la fonction publique, interdisant leur renouvellement au-delà de six ans et imposant leur reconduction sous forme de CDI. Mais ce texte n'a certainement pas su contrer toutes les lacunes et l'alternance de nombreux CDD de courte durée, entrecoupée de périodes d'inactivité, permettait de rompre le caractère continu du contrat, continuité qui seule pouvait justifier les « CDIisations ». Surtout, le passage en CDI n'était possible que si la loi statutaire le permettait expressément, ce qui demeurait rare³. Ce n'est finalement que récemment, par le truchement de la loi du 12 mars 2012 — après que le Conseil d'État a souligné que « le contrat de recrutement d'un agent contractuel de droit public crée des droits au profit de celui-ci »⁴ —, que les pouvoirs publics ont entendu « sécuriser » les emplois contractuels et aligner — dans la limite du possible — les droits des agents concernés sur ceux des titulaires, cela tout en favorisant la démocratisation du contrat de travail.

Plus précisément, ont été assouplies les conditions de transformation des CDD en CDI. Ainsi, tous les agents publics recrutés en CDD sur une période de 6 ans au cours des 8 dernières années⁵ se verront obligatoirement proposer la transformation

¹ Cité par J.-Y. VINCENT, G. ÉVEILLARD, « Les moyens humains », in Th. DE BERRANGER, M. DE VILLIERS, *Droit public général*, 5^e éd., Lexisnexis, coll. Manuel, 2011, p. 1022.

² C. trav., art. L. 122-1-2.

³ F. MELLERAY, « L'impact des lois du 26 juillet 2005 sur les équilibres de la fonction publique », *AJFP*, n° 6, nov. 2005, p. 225.

⁴ CE, 31 déc. 2008, *Cavallo*, E. MARC, « Du contractuel fonctionnaire au fonctionnaire contractuel », *RLCT*, n° 45, févr. 2009, p. 3.

⁵ Ou 3 ans au cours des 4 dernières années pour les plus de 55 ans.

de leur contrat en CDI. Une seule autre condition doit être respectée pour pouvoir profiter de cette « CDisation » automatique : les services doivent avoir été accomplis sur des postes à responsabilités équivalentes. En outre, la loi permet de conclure des CDI publics *ab initio* et autorise temporairement la titularisation d'agents publics contractuels, de manière dérogatoire. Parmi différentes dispositions qui ne sauraient être toutes décrites ici¹, est encore généralisé l'entretien professionnel et l'entretien de formation au bénéfice de tous les agents titulaires d'un contrat d'une durée supérieure à un an ; tandis que les fins de contrat ont vocation à être davantage encadrées puisque des décrets d'application doivent préciser les motifs de licenciement, les règles relatives au délai de prévenance et à la conduite de l'entretien préalable, ainsi que les procédures de reclassement.

La dernière loi recueille évidemment une pleine adhésion de la part des agents contractuels, lesquels représentaient, en 2012, associés aux agents à la fois non-titulaires et non-contractuels, près du sixième de la fonction publique, soient quelques 900 000 travailleurs publics². Cependant, si ces évolutions participent de la nécessaire revalorisation de leurs droits, laissant entrevoir la prochaine disparition des « clandestins de la fonction publique »³, beaucoup de commentateurs redoutent que cela légitime une ouverture toujours plus grande de la boîte de Pandore. Prenant le relais des diverses interventions législatives précédentes, il se pourrait que cette loi soit la dernière pierre posée avant l'avènement d'un statut « bis » de la fonction publique plein et entier, source d'un dualisme des situations sociales inégalitaire et propice à une dévalorisation de la fonction publique et de ses valeurs. La coexistence de deux régimes sociaux au cœur de la fonction publique serait ainsi tout à la fois *légale et inégale*.

B. Les menaces persistantes sur les droits des agents contractuels

L'encensement de la récente réforme doit être modéré par qui se préoccupe avant tout de ses implications sociales et politiques. Tout d'abord, le nombre d'employés potentiellement concernés par l'extension de la sécurité de l'emploi est de fait assez limité. La transformation des CDD en CDI ou les titularisations d'agents contractuels supposent qu'ils aient travaillé durant au moins six années au sein d'un service public, une ancienneté que peu sont en mesure de faire valoir. Quant au dispositif de titularisation, mécanisme le plus avantageux et protecteur instauré en 2012, il n'est ouvert que pour une durée de quatre années à compter de la publication de la loi. Surtout, les agents contractuels demeurent irrésistiblement défavorisés par rapport aux titulaires. En premier lieu, ils restent par définition

¹ Cf. B. BARRAUD, « De la sécurisation par la banalisation : étude critique des dernières évolutions législatives de la fonction publique contractuelle », *AJFP*, n° 3, mai 2013, pp. 143 s.

² Source : Direction générale de l'administration de la fonction publique.

³ Expression empruntée au député Michel Diefenbacher (cité par D. JEAN-PIERRE, « La loi du 12 mars 2012 et la consécration du dualisme statutaire dans la fonction publique », *JCP A*, n° 36, 10 sept. 2012, p. 24).

exposés aux risques de licenciement ou de stagnation professionnelle puisqu'un agent recruté sous CDI l'est généralement afin d'occuper un emploi déterminé, en fonction duquel il a été choisi ; il n'a donc guère vocation à en changer. Ensuite, le traitement des contractuels n'évolue pas automatiquement, suivant un rythme prédéfini par le statut, à mesure de l'avancée de l'ancienneté et/ou du mérite¹. Et il faut encore souligner que les emplois concernés par la plupart des dispositions protectrices sont uniquement les emplois permanents, ce qui exclut les nombreux contractuels recrutés pour des besoins saisonniers ou occasionnels. Les travailleurs se trouvant dans la situation la plus précaire sont donc tout bonnement exclus du dispositif, ce qui n'est pas le moindre des paradoxes s'agissant d'un dispositif de lutte contre la précarité.

La loi de 2012 ne vole certes pas le qualificatif de « progrès social » tant elle contribue à lutter contre la précarité de l'emploi ; toutefois, dans le même temps, elle concourt à faire tomber le couperet sur la fonction publique « à la française » et sur ses principes statutaires fondamentaux : sécurité de l'emploi, recrutement au mérite et par concours, avancée progressive et automatique à mesure de la carrière, participation à l'organisation de l'administration.

Et puis la loi ne peut pas tout ; la pratique doit elle-aussi faire preuve de bonne volonté pour participer de la couverture des agents publics contractuels. Seulement il est à parier que le juge administratif sera encore souvent confronté au recours illégal — et illégitime —, notamment par les autorités territoriales, à la solution contractuelle concernant des emplois pourtant permanents².

Fonctionnaires titulaires et agents sous contrat sont appelés à occuper de manière pérenne des postes et fonctions similaires. Or, dès lors que ces deux catégories d'acteurs du service public possèdent des statuts et droits dissemblables, c'est une véritable concurrence entre les agents, mais aussi entre le système de la carrière et celui de l'emploi, qui se profile. Ce bicéphalisme risque fort de porter atteinte au principe d'égalité — pilier pourtant cardinal du statut général de la fonction publique —, tant concernant le déroulement de la carrière qu'en matière d'accès à l'emploi. Les titularisations *ab initio* sur des emplois de catégorie C ou même la « sélection professionnelle » prévue dans la fonction publique territoriale ne sauraient garantir le même degré d'égalité et d'impartialité dans le recrutement et la titularisation des agents que le concours, lequel ne se fonde sur aucun autre critère que les capacités et les vertus de chacun, conformément à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'[H]omme et du citoyen. Le développement du primo-recrutement en CDI risque, lui, d'amener les recruteurs à copier les méthodes classiques et largement établies du secteur privé : envoi de *curriculum vitae*,

¹ Sur ce dernier point, il faut néanmoins noter que la loi instaure une clause de « rendez-vous » impliquant le réexamen de la rémunération des agents tous les trois ans sur la base d'un entretien d'évaluation. Mais cette clause de « rendez-vous » n'oblige en rien à un ajustement à la hausse de la rémunération. Certes, le mimétisme entre cette clause de revoyure et l'échelon est patente, mais les garanties entre ces deux mécanismes demeurent bien inégales en faits.

² TA Versailles, 20 oct. 1994, *Driss* ; TA Paris, 11 juin 2003, *B. c/ Ville de Colombes*, J. MOREAU, « La chasse aux vacataires : attention aux requalifications », *JCP A*, n° 39, 22 sept. 2003, pp. 143 s.

entretien d'embauche et risque de discrimination¹. Et les juridictions administratives ne pourront sans doute plus, afin de justifier les différences de traitement, continuer d'affirmer que les agents non titulaires et les agents titulaires ne sont pas placés dans une situation équivalente au regard du service public ; cela *a fortiori* lorsque les premiers remplacent des titulaires et exercent en conséquent exactement leurs fonctions. Si l'absence d'égalité au regard du service public peut expliquer les différences de rémunération², il n'est pas tolérable que la dualité des statuts implique, concernant des missions identiques, des traitements variables.

Enfin, un agent contractuel en CDI, bien que préservé de la précarité, ne saurait profiter du principe lui aussi essentiel au sein du statut et de la carrière de séparation du grade et de l'emploi. Ce dernier compte parmi les justifications les plus transcendantes à la conservation du fonctionnariat, notamment parce qu'il assure l'indépendance des employés de l'État et — surtout — des collectivités à l'égard du pouvoir politique, ces premiers jouissant de l'assurance d'un emploi et d'une rémunération correspondant au grade à vie. Partant, il est tentant de se demander si les réformes législatives qui se succèdent ne cherchent pas, subrepticement, à provoquer une reprise en main de la fonction publique par le pouvoir politique, *i. e.* engendrer une politisation de la fonction publique. Le principe de neutralité serait alors lui aussi assailli par un pragmatisme qui, cette fois, ne serait pas économique mais partisan et qui, dès lors, serait certainement plus contestable.

*

* *

L'ensemble des réformes qui ont affecté le droit des administrations publiques a dessiné progressivement les contours d'un droit public du travail tendant à prendre la place d'un droit statutaire semblant rattrapé par ses limites intrinsèques. Pressée par le droit européen, influencée par le droit commun du travail, assistant au développement de nouveaux modes de gestion publique, s'inscrivant dans un contexte de diminution des dépenses, de redistribution des rôles entre administrations et de recentrage des missions étatiques, la fonction publique est contrainte à une mutation profonde dont il lui appartient de faire en sorte de sortir bonifiée. Dans ce cadre, le débat mettant aux prises statut et contrat de travail est aujourd'hui une clé de son avenir, un verrou de sa modernisation.

Approché sous l'angle économique, ledit débat recèle des enjeux centraux en termes de compétitivité et d'efficacité ; appréhendé sous l'angle social et sous

¹ Cf. D. JEAN-PIERRE, « La loi du 12 mars 2012 et la consécration du dualisme statutaire dans la fonction publique », préc., spéc. p. 24.

² CE, 11 janv. 1980, *Delaunay* ; CE, 30 mars 1990, *Fédération générale des fonctionnaires Force ouvrière et autres*.

l'angle politique, il avive les craintes les plus profondes tant chez les titulaires, qui redoutent quelques atteintes au statut et à leurs droits acquis, et chez les contractuels, qui aspirent à davantage de protection, que chez les citoyens, qui redoutent la dissolution de la neutralité des agents des collectivités publiques. À (très) long terme, s'il paraît irréel d'imaginer un retour vers une fonction publique comptant uniquement des fonctionnaires, peut en revanche être soulevée la problématique d'une nouvelle fonction publique composée entièrement de contractuels. L'avenir du fonctionariat est une question qui mérite, à tout le moins, d'être posée¹. Plus encore, avec le contrat de travail qui s'émancipe, participant d'une paradoxale — mais bien relative — « privatisation » du droit public, c'est nécessairement la fonction publique elle-même qui se banalise. *In fine*, c'est l'État, sa structure, ses fonctions et sa légitimité qu'interroge pareille mutation. État et statut possèdent la même racine étymologique ; leurs sorts semblent ainsi intimement liés et il est tentant d'emprunter le raccourci conduisant de l'effacement du statut à l'effacement de l'État. La prise de pouvoir du contrat s'accompagne d'une irrésistible désacralisation des collectivités publiques qui, lorsque toutes leurs administrations ne seront plus autre chose que de classiques entreprises prestataires de services, ne ressembleront guère plus qu'à de pâles coquilles vides.

Fort heureusement, l'hypothèse extrême d'un abandon du statut des fonctionnaires au profit des conventions collectives et individuelles doit aussi être écartée car par trop chimérique. D'une part, les textes persistent à considérer la contractualisation dans le secteur public comme une voie dérogatoire ; d'autre part — et surtout —, le corps social, sur quoi repose toute chose publique, demeure très attaché au statut particulier des fonctionnaires, historique et symbolique, profondément ancré dans la psyché collective. Seulement il faut se garder de toute conclusion définitive car, comme l'a pensé Pascal, « tout s'ébranle avec le temps »². À l'échelle de l'humanité, le statut — comme l'État — est l'exception. Un simple bilan coût/avantages devrait permettre de régler la question de son avenir ; mais comme la balance est susceptible de pencher d'un côté ou de l'autre selon l'obédience attachée aux yeux de l'observateur, il n'est de voie plus honnête que de s'en remettre aux urnes et d'en accepter les conséquences. Toutefois, s'il ne se trouve nulle réponse juste universelle, il faut tout de même espérer que le maître mot demeurera « équilibre ». L'histoire a largement démontré combien trop d'économique nuit à l'économique tout autant que trop de social nuit au social.

Alors que l'on ne se lasse pas de quêter l'horizon.

¹ D. JEAN-PIERRE, « Une fonction publique sans fonctionnaires ? », *JCP A*, n° 17, 26 avr. 2011, pp. 39 s.

² B. PASCAL, *Pensées*, II, 3, 1 (cité par A. LECA, *La genèse du droit. Essai d'introduction historique au droit*, 3^e éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 416).