



CONTRACTUELS DE LA FONCTION PUBLIQUE : UNE EXPANSION IRRÉSISTIBLE... JUSQU'OU ?



Bernard VIEILLEDENT
Membre de la Cellule
Juridique

Un statut en question

Le choix de disposer, en tant que fonctionnaire, « d'une position statutaire et réglementaire » tirée du statut général de la Fonction Publique, ou de relever d'un contrat, selon le modèle du contrat de droit public ou de droit privé, traverse notre société tout comme il interroge les décideurs publics, les instances syndicales. Monsieur Anicet Le Pors, ministre de la Fonction publique de 1981 à 1984, évoque la pérennité et la modernité du statut (revue AJFP de juillet/août 2023) : « *La Fonction publique et le statut général sont devenus de véritables enjeux de société, de civilisation.* » Cette évocation ne peut masquer la crise d'attractivité de la Fonction publique,

inédite, particulièrement de la Fonction publique d'État, ni les nombreuses modifications portées au statut, dont on mesure depuis une quinzaine d'années, la volonté de dénaturer, de mitiger. Alors que l'État recrute, bon an mal an, 40 000 fonctionnaires, par voie de concours, on constate la baisse vertigineuse du nombre de candidats participant à ces concours. Ainsi, le nombre moyen de candidats pour un poste ouvert passe de 16 en 1997 à 6 à ce jour ; parallèlement, le nombre de postes ouverts a baissé de 10 362 de 2014 à 2019 (- 4 % par an).

Une crise d'attractivité inédite

Il paraît utile de revenir sur la position de fonctionnaire et sur celle de contractuel, de les resituer dans leur condition juridique, leur déroulement temporel et leurs évolutions. Le terme de fonctionnaire apparaît en 1790, il est un agent de l'État qui détient une portion de la puissance publique, contrairement à l'employé qui est un agent d'exécution dont le statut est instable, fragile. Le statut général de 1946 et la loi du 19 octobre 1946 précisent les caractéristiques essentielles de cette position réglementaire : la permanence de l'emploi et la titularisation dans un grade hiérarchique. Le Préambule de la Constitution de 1946 porte, notamment, sur la liberté d'opinion, le droit syndical, la participation, le droit de grève et le principe d'égalité des sexes. L'article 34 de la Constitution de 1958 indique : « *La loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État.* » La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires a été impulsée par le premier ministre Pierre Mauroy et le ministre de la Fonction publique, lesquels déclarent alors : « *c'est une réforme structurelle, une réforme profonde et il ne sera donné au pouvoir de personne de la remettre en cause d'un mois à l'autre. En bref, c'est une réforme pour longtemps.* ». Et pourtant, pourrait-on hasarder 41 années après ! La loi du 13 juillet 1983 a été abrogée et reformée dans le Code général de la Fonction publique le 1er mars 2022. Rappelons que le législateur a étendu le champ d'application du statut général aux fonctionnaires territoriaux par la loi du 26 janvier 1984, puis à la fonction publique hospitalière, par la loi du 9 janvier 1986.

La condition juridique du fonctionnaire : le statut

Le statut de droit public garantit que le recrutement et le déroulement de la carrière des fonctionnaires se feront sur la seule base de leurs vertus et de leurs talents, formulation en concordance avec la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, article 6 : « *Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.* »

Le statut s'appuie sur le principe de protection du fonctionnaire : « *La situation des fonctionnaires n'a de valeur que si elle n'est point précaire, que si elle est à l'abri des fantaisies, des injustices, de l'arbitraire toujours possible du pouvoir, que si elle est gouvernée par des règles fixes dont le respect soit assuré... la fonction publique est juridiquement protégée.* », cité par le Conseil d'État (rapport public 2003). Cette protection s'entend au regard de la situation des agents publics jusqu'à la seconde guerre mondiale qui relevait alors des règles du droit du travail applicables aux salariés de droit privé, à savoir le contrat et non d'un statut spécifique.

Le fonctionnaire disposera à partir de la loi du 19 octobre 1946 de droits fondamentaux, notamment :

- le droit syndical (article 6) ;
- le principe d'égalité des sexes (article 7) ;
- la mise en place d'instruments du paritarisme : les commissions administratives paritaires et les comités techniques paritaires.

Également, un socle de garanties communes à l'ensemble des agents sera progressivement posé : la classification des fonctionnaires en catégories hiérarchiques, les modalités de l'avancement, l'élaboration d'une grille commune de rémunération.

Un point marquant de la loi du 13 juillet 1983 et des dispositions statutaires de la loi du 11 juillet 1984 porte sur la notion d'emplois permanents : les emplois permanents doivent être essentiellement tenus par les fonctionnaires, ce qui amènera le Sénat à relever, on pourrait même dire à dénoncer, un monopole d'accès.

Le statut est l'outil essentiel d'une société soucieuse de l'intérêt général et s'oppose aux tenants d'une société de marché. Les spécificités « *des fonctionnaires statutaires* » tiennent à la neutralité de l'administration et de ses agents, au recru-

tement par la voie du mérite, par concours, à la permanence de leur activité de travail inhérente à la pérennité de l'État et au principe de continuité.

Le rôle marquant du Conseil d'État

C'est surtout le Conseil d'État qui a élaboré « *un véritable statut jurisprudentiel* » en dégagant la plupart des grandes caractéristiques du droit français de la Fonction publique dont : la sélection sur concours réalisée par des jurys indépendants et la mise en place d'une procédure disciplinaire.

● LE SERVICE PUBLIC, L'ADMINISTRATION

« *L'administration est soumise à un droit qui régit son organisation et son activité et, par là même, ses rapports avec les administrés, qui sont sa raison d'être et dont elle tend à satisfaire les besoins par l'exercice d'activités d'intérêt général ou, plus précisément, par des activités de service public.* »

Droit Administratif Général, René Chapus

Les agents titulaires et les agents contractuels sont des agents de droit public, mais ils se distinguent par le statut. Ainsi les articles L. 3, L. 4, L. 5 du Code général de la fonction publique précisent que les fonctionnaires sont les personnes « *nommées à un emploi permanent...titularisées dans un grade de la hiérarchie administrative.* »

On ajoutera l'article 20 de la loi du 13 juillet 1983 : « *Les fonctionnaires ont droit, après service fait, à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial, et les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire.* » Ils ont droit à un déroulement de carrière.

Dans sa conception originelle, la fonction publique de carrière est celle où les agents sont appelés à appartenir à la fonction publique toute leur vie professionnelle, en étant assurés de pouvoir y effectuer leur carrière (Pochard 2021). Mais la fonction publique d'emploi est intégrée au modèle français et consiste en un recrutement contractuel sur un emploi spécifique, en premier lieu pour assurer la continuité du service.

● LES AGENTS PUBLICS CONTRACTUELS

Les agents publics contractuels appelés, avant la loi d'août 2019, non titulaires

Le professeur J. Caillousse observe déjà en 2008 « *un accroissement considérable de la contractualisation dans la fonction publique et le développe-*

ment d'une fonction publique parallèle. »

La loi du 11 juin 1983 prévoyait l'intégration dans la fonction publique « *des auxiliaires* » dont le recrutement qui s'était massifié représentait 20 % des effectifs.

Ces évolutions avaient conduit le professeur Didier Jean-Pierre à imaginer le modèle d'une « *fonction publique sans fonctionnaires.* »

Et on assistera, depuis, au caractère marqué d'une dissémination du recrutement contractuel qualifié également de contractualisation de l'emploi public. Ainsi, la Fonction publique comptait, en 2007, 4,69 fonctionnaires pour un agent contractuel, le ratio est passé à 3,17 en 2020, hors textes de 2019 dont les effets ne sont pas encore pleinement mesurés. Pour compléter, la Fonction publique d'État compte en 2020, 1 532 000 agents titulaires et 505 000 agents contractuels pour 399 000, quatre années plus tôt, ces derniers progressant de 4,2 % par an depuis 2020.

On ne peut s'y tromper, le contrat n'a cessé « *de prospérer à l'abri de la célébration des vertus statutaires.* » (J. Caillousse). La volonté des gouvernements successifs est claire, d'autant que l'objectif « *d'alléger les effectifs de la fonction publique de 120 000 postes à l'horizon du quinquennat* » a été depuis prudemment passé sous silence. Mais les évolutions d'ordre réglementaire, successives, notamment la loi du 12 mars 2012, poursuivent le même objectif, celui de la consécration du dualisme statutaire dans la Fonction publique (D. Jean-Pierre) par l'élargissement du recours aux agents contractuels. « *Le projet de loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique entend multiplier et élargir très sensiblement les possibilités de recours au contrat dans toutes les catégories d'emplois des trois fonctions publiques.* » selon l'avis du Conseil d'État. De nombreux leviers sont ainsi activés tels que « *la logique de dérogation* », de nouveaux cas de recrutement comme le contrat de projet, l'abaissement du seuil démographique pour l'occupation d'emplois de direction par des contractuels et, dans certains cas, la possibilité pour les autorités administratives de pouvoir recourir de manière indifférenciée à l'engagement statutaire ou contractuel.

● LE PRINCIPE DE PRIMAUTÉ DU FONCTIONNAIRE ET SES DÉROGATIONS

L'article 3 de la loi du 13 juillet 1983 et le principe de l'occupation des emplois civils de l'administration par des fonctionnaires

Le principe posé par le législateur pour la logique de la Fonction publique, de primauté du fonctionnaire pour l'occupation des emplois civils de l'administration, n'excluait pas certaines déroga-

tions, le hic est que sans rompre avec le principe de carrière, une place continûment plus marquée est donnée à la logique d'emploi, au recrutement d'agents contractuels.

Dès la loi 84-16 du 11 janvier 1984, la possibilité de recourir exclusivement à des agents contractuels sur emploi permanent a été prévue ; il en est ainsi du recrutement de nos assistants d'éducation et surveillants des établissements scolaires (recrutement qui ne présente donc pas de caractère dérogatoire), mais aussi certains emplois supérieurs et, lorsqu'il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptibles d'assurer des fonctions nécessitant des connaissances techniques hautement spécialisées. Comme le relevait Laurent Derboulles, maître de conférences, « pour les fonctionnaires, le ver était déjà dans le fruit. »

Le périmètre dérogatoire s'est peu à peu agrandi par les modifications législatives et réglementaires successivement apportées jusqu'à la loi de transformation de la fonction publique du 6 août 2019, dite loi Dussopt, qui organise un flux d'une nature bien plus contractuelle.

La loi Dussopt du 6 août 2019 de transformation de la Fonction Publique

Nous retiendrons trois dispositions caractéristiques de l'élargissement du recours aux agents contractuels, instaurées est-il précisé, afin « de contourner la rigidité du statut de la fonction publique. »

● LE DÉVELOPPEMENT DU RECOURS AUX CONTRACTUELS SUR LES EMPLOIS PERMANENTS

Le nombre des emplois non soumis au principe de primauté est accru : les établissements publics de l'État peuvent désormais assurer par contrat leurs emplois permanents par CDI ou par contrats CDIsables. En cas d'absence de corps de fonctionnaires ou selon « la nature des fonctions et les besoins des services » le recours à des recrutements contractuels s'applique à toutes les catégories d'emploi A, B ou C.

● LE CONTRAT SUR LES EMPLOIS DE DIRECTION

Sur le motif d'ouvrir plus largement au recrutement contractuel des emplois de la haute fonction publique, d'intégrer de nouvelles compétences venues du secteur privé et d'offrir « un parcours

ascensionnel aux contractuels de grande valeur », le gouvernement prévoit d'ouvrir 5 081 emplois nouveaux tels que les emplois de direction étatiques, comme les emplois fonctionnels interministériels, de direction d'administration centrale ou les chefs de service des administrations de l'État... Ces emplois « idéologisés », selon Nicolas Antoine, doctorant à l'Université de Reims, sont pourtant en contradiction avec les valeurs de neutralité et d'impartialité portées par les fonctionnaires, le statut de 1983 avait rejeté ce type de recrutement. Pourtant, des risques importants de contentieux tiennent à la nature de cette procédure : déclaration de vacance d'emploi, document pour chaque candidat ayant participé aux entretiens (appréciations objectives sur les compétences, aptitudes, expériences professionnelles...). Ainsi, la Cour administrative d'appel de Lyon a annulé, le 10 avril 2024, un contrat de recrutement d'une collectivité, au motif qu'elle aurait dû en priorité examiner la candidature du fonctionnaire, puis, seulement si celui-ci ne répondait pas aux exigences, qualifications et compétences requises, apprécier celle de l'agent contractuel (*Revue Actualité juridique Fonctions Publiques* (AJFP) | novembre 2024).

Ainsi, le fonctionnaire prime encore (Code général de la fonction publique L. 311-1), pour le moment, sur le contractuel.

Des précisions sont encore attendues pour connaître, par voie de décret, les modalités de sélection et d'emploi de ces agents qui seront rémunérés en tenant compte du traitement indiciaire et des plafonds indemnitaires prévus pour les fonctionnaires occupant ces postes.

La logique d'une interpénétration plus grande entre les secteurs public et privé est affirmée, le recrutement par CDI est accentué.

● LE CONTRAT DE PROJET APPELÉ AUSSI CONTRAT DE MISSION

L'admission du contrat de projet par la loi Dussopt apporte une nouvelle flexibilité dans le recrutement contractuel par les personnes publiques. Le régime juridique de ce nouveau contrat s'appuie sur une relation contractuelle visant à la conduite d'un projet ou d'une opération déterminée (projet d'équipement, de développement, d'urbanisme). Le contrat doit préciser « l'évènement ou le résultat objectif déterminant la fin de la relation contractuelle », on le voit le texte permet de ratisser large ! La durée du contrat est comprise entre une et six années « sans ouvrir pour autant à droit spécifique à CDIsation ou à titularisation dans la mesure où il vise un besoin temporaire. », mais elle peut être prolongée dans la limite d'une durée contractuelle totale de six années si le projet n'a pas été conduit à son terme ! On relève

la banalisation du CDI dans la Fonction Publique de l'État et la possibilité de recrutement contractuel pour occuper un emploi correspondant à un besoin permanent de l'administration, en CDI, bien au-delà des précédentes tentatives d'ébranlement du statut comme le livre blanc de J-L. Silicani ou par la loi Sauvadet.

Manifestement, l'accès à la Fonction publique a profondément été modifié par les réformes qui se succèdent depuis 2012, avec le constat d'une extension marquée du recours aux contractuels. Le « *dynamisme du recrutement contractuel* » permet déjà à ces agents de disposer d'un certain déroulement de carrière. Le principe de primauté du fonctionnaire ou priorité statutaire d'occupation des emplois permanents des administrations publiques défini à l'article 3, et qui vaut encore sur les emplois « *traditionnels et réguliers de l'administration* », à l'étonnement du Conseil d'État, ne peut masquer la mutation progressive de la Fonction publique et l'hypothèse probable du passage d'un « *quasi-statut* » des agents contractuels à un « *statut bis* » (E. Aubin, les agents contractuels, des simili-fonctionnaires). La rapidité des évolutions, tirées principalement de la loi de transformation de la Fonction publique, laisse peu de doutes, même si on relève certaines analyses fort optimistes : « *il est prématuré d'estimer le statut de la Fonction publique en sursis... l'élargissement du recours aux contractuels est un objectif d'amélioration du statut.* » (Nicolas Antoine, Université de Reims).

Le bilan d'étape de la Cour des comptes | Novembre 2023

Le bilan d'étape de la Cour des comptes de novembre 2023 sur la loi de transformation de la fonction publique (LTFP)

La Cour des comptes relève que la LTFP entend élargir les possibilités de recours au contrat dans toutes les catégories d'emplois des trois versants de la Fonction publique. Elle note également la baisse régulière et continue d'agents titulaires : moins 6,7 % en moyenne annuelle durant cinq années.

Elle note que « *les modalités de recrutement et de gestion des contractuels ont tendance à se rapprocher de celles des fonctionnaires et tendent à une rigidification progressive* », alors que le recrutement d'agents contractuels est généralement justifié par des nécessités d'ajustement et

de flexibilité des emplois publics. On assiste à la mise en place de véritables trajectoires professionnelles, pour des « *simili-fonctionnaires disposant d'une quasi-carrière* » (Fortier, Droit de la fonction publique - Mémento Dalloz) s'inspirant des dispositions applicables aux fonctionnaires même s'il apparaît une grande hétérogénéité des situations. Sont mises en place des possibilités de changements de catégorie comparables aux changements de corps, ou des niveaux de rémunération de début de carrière des titulaires inférieurs à ceux des agents contractuels, par exemple pour les académies de Paris, Créteil, Versailles.

Dans son ensemble, « *l'accroissement des effectifs contractuels et l'accentuation de la variété de leur situation posent la question de la gestion de cette population...* » : nombre d'employeurs publics éprouvent des difficultés à se doter d'une politique des ressources humaines dans ce domaine. Tout comme « *les orientations interministérielles sur la politique de rémunération des agents contractuels font à ce jour défaut.* » ainsi que leur vocation à voir pris en compte « *leur engagement et leurs résultats individuels et collectifs.* »

Le dualisme statutaire crée désormais des tensions, une mise en concurrence entre agents titulaires et agents contractuels. L'attractivité du statut tend à décliner pour présenter le contrat comme une alternative souhaitable, en estompant, particulièrement, les principes déontologiques de neutralité et d'impartialité portés par les fonctionnaires.

Dans ce contexte mouvant et peu sécurisant, faut-il alors imaginer pour les personnels de direction, comme d'aucuns le souhaitent, des perspectives qui seraient plus opportunes que celles d'aujourd'hui, au travers d'un autre statut, et lesquelles ? Faut-il espérer une autre situation juridique que celle de fonctionnaire en privilégiant, notamment, la voie du contrat ? Pourtant, les chefs d'établissement sont les représentants de l'État au sein de l'établissement public local d'enseignement, et, à ce titre, garants du bon fonctionnement du service public, des valeurs et principes fixés par le statut général tels que l'impartialité, la neutralité, l'exemplarité, l'égalité des usagers devant le service public.

Le statut de contrat privé apparaît alors peu approprié, quant au contrat de droit public comme le nouveau contrat de projet, il est bien réducteur de notre réalité, certes complexe, mais empreinte de noblesse, et peu porteur d'un destin plus prospère. La situation actuelle semble mériter des améliorations, un cadre de revalorisation, elle nécessite désormais, un mouvement collectif pour la défense du bien commun, au service de nos élèves.

Sources : Revues *Actualité Juridique Fonctions Publiques* (AJFP), DALLOZ, novembre 2024, juillet-août 2023 et juillet-août 2018