



HAL
open science

La loi du 6 août 2019 : transformation ou réforme de la fonction publique territoriale ?

Guillaume Glénard

► To cite this version:

Guillaume Glénard. La loi du 6 août 2019 : transformation ou réforme de la fonction publique territoriale ?. Bulletin juridique des collectivités locales, 2019. hal-03697765

HAL Id: hal-03697765

<https://univ-artois.hal.science/hal-03697765v1>

Submitted on 17 Jun 2022

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.

La loi du 6 août 2019 : transformation ou réforme de la fonction publique territoriale ?

Guillaume Glénard

(Professeur de droit public — Université d'Artois)

Lorsqu'il dévoile les grandes lignes du projet de loi sur la fonction publique le 1^{er} février 2018, le Gouvernement n'a pas lésiné sur l'effet d'annonce. Il ne s'agit rien de moins que de consacrer « un nouveau contrat social avec les agents publics » par un élargissement du recours aux contractuels pour pourvoir les emplois permanents. D'aucuns craignent alors la fin de la fonction publique quand d'autres l'espèrent. L'inquiétude ou l'espoir ne faiblit pas lorsqu'une organisation syndicale diffuse le rapport du Comité d'action publique 2022 qui préconise le recours au contrat de droit privé comme la voie normale d'accès à certaines fonctions du service public¹. On ne pouvait alors exclure que l'on se trouvait à la veille d'un grand soir de la fonction publique. Les administrations seraient mises à l'heure des standards des entreprises privées, débarrassées qu'elles seraient d'une prétendue rigidité du droit public au profit d'une non moins prétendue souplesse du droit du travail². Et puis fut promulguée, le 6 août 2019, la loi n° 2019-828 de transformation de la fonction publique. Or, non seulement ce texte ne procède pas à la dissolution du droit de la fonction publique dans le droit du travail, mais encore il y a lieu de douter qu'il constitue une transformation de la fonction publique du moins territoriale³, entendue comme une structure composée de fonctionnaires. Il s'agit plus classiquement d'une réforme certes d'ampleur, mais d'une réforme seulement. D'une part, parce qu'elle s'inscrit dans un mouvement engagé depuis une quinzaine d'années ; d'autre part, parce que les principes fondamentaux du droit de la fonction publique demeurent (I). Cette analyse ne doit cependant ni masquer ni minorer l'importance des changements qui font la part belle aux employeurs territoriaux au risque de conduire à un déséquilibre au détriment des agents (II).

¹ Voir F. Melleray, « Vers un élargissement du recours au contrat dans la fonction publique », *AJDA*, 2019, p. 25.

² Voir sur ce point la position du Conseil d'État qui, il y a quinze ans, pointait la rigidité du droit travail qui interdit bon nombre de choses que le droit de la fonction publique au contraire permet grâce au pouvoir d'action unilatérale reconnu à l'administration, *Perspectives pour la fonction publique*, EDCE, 2003, n° 54, pp. 338-339.

³ À laquelle se bornera cette étude.

I. Une réforme plus qu'une transformation

La loi du 6 août 2019 porte mal son nom. En dépit de quelques modifications inspirées du droit du travail qui ne prêtent guère à conséquence, elle ne privatise pas la fonction publique mais s'inscrit dans la continuité de la loi du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, de la loi Sauvadet du 12 mars 2012 et de la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, toutes trois favorables à l'enracinement des agents contractuels dans la fonction publique⁴. L'agent public consacré par la jurisprudence *Berkani* demeure donc bien fixé sur son socle⁵. Plus encore, l'objectif du Gouvernement d'ouvrir davantage l'accès aux emplois permanents aux contractuels ne devrait pas déboucher sur une augmentation significative de ces derniers au détriment des fonctionnaires territoriaux et ce, pour trois raisons.

En premier lieu, la loi n'a pas altéré le principe consacré par l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires selon lequel : « Sauf dérogation prévue par une disposition législative, les emplois civils permanents de l'État, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics à caractère administratif sont [...] occupés [...] par des fonctionnaires [...] dans les conditions prévues par leur statut. » Cette règle demeure inchangée et, dans son avis sur le projet de loi de transformation de la fonction publique, le Conseil d'État a bien relevé que le Gouvernement n'entendait pas la remettre en cause⁶. Il en résulte que les fonctionnaires doivent être prioritairement recrutés sur de tels emplois. C'est la raison pour laquelle les articles 3-1 et 3-2 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale, dans leur version antérieure comme postérieure à la loi du 6 août 2019, précisent que, par dérogation au principe fixé par l'article 3 du titre I du Statut, des agents contractuels ne peuvent être recrutés pour occuper un emploi permanent que pour assurer un remplacement momentané ou pour faire face temporairement à la vacance d'un emploi qui ne peut être immédiatement pourvu par un fonctionnaire. Il en va de même de l'article 3-3 de la loi du 26 janvier 1984 qui constitue un dispositif dérogatoire nonobstant la circonstance que sa modification par la loi du 6 août 2019 ouvre davantage la porte au recrutement de contractuels. D'ailleurs, le 2° modifié de cet article qui, on y reviendra, permet à un contractuel d'occuper un emploi permanent quelle qu'en soit la catégorie lorsque la nature

⁴ D'où le fait que certains parlent à propos de cette tendance législative de « transformations souterraines », Ch. Vigouroux, « Trente après la loi du 13 juillet 1983 », *AJDA*, 2013, p. 1204 ; E. Aubin, « Le contrat, avenir de la fonction publique ? », *AJDA*, 2019, p. 2349. Dans le même sens, voir Ch. Froger, « La loi du 6 août 2019 et le déroulement de la carrière des agents publics. Une pierre managériale supplémentaire dans l'édifice statutaire », *AJDA*, 2019, pp. 2364-2365 et 2371 ; L. Derboulles, « Quel statut pour le contrat au sein d'une fonction publique transformée ? », *AJFP*, 2019, p. 191.

⁵ TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Rhône-Alpes, Préfet du Rhône c/ Conseil de prud'hommes de Lyon*, *Rec.* 536, concl. Ph. Martin.

⁶ Avis n° 397088 du 29 mars 2019, p. 6.

des fonctions ou les besoins du service le justifient, maintient la mention surabondante mais révélatrice introduite par l'article 41 de la loi Sauvadet du 12 mars 2012 : « sous réserve qu'aucun fonctionnaire n'ait pu être recruté dans les conditions prévues par la présente loi »⁷. Pour cette même raison, pas plus aujourd'hui qu'hier, une collectivité territoriale ne peut légalement créer un emploi permanent exclusivement réservé aux agents contractuels⁸. Ce dispositif est couronné par l'article 41 inchangé de la loi du 26 janvier 1984 qui dispose, en son alinéa 1^{er}, qu'en cas de création ou de vacance d'emploi permanent, l'autorité territoriale doit informer le centre de gestion compétent qui en assure la publicité et, en son alinéa 3, que l'emploi doit être pourvu soit par un lauréat de concours (donc une personne ayant vocation à être titularisée) soit par un fonctionnaire. De cela, le juge administratif en déduit que la nomination d'un contractuel est illégale si l'administration territoriale n'est pas dans « l'impossibilité de pourvoir ledit emploi par la nomination d'un agent titulaire »⁹.

En second lieu, il est probable que la modification de l'article 3-3, laquelle élargit les cas permettant le recrutement d'un contractuel sur un emploi permanent, ne se traduise pas par une augmentation importante du nombre d'agents non titulaires. En apparence pourtant, l'ouverture est impressionnante. Deux cas attirent particulièrement l'attention. Jusqu'alors, le 3^e de l'article 3-3 permettait le recours à des contractuels pour pourvoir les emplois de secrétaire de mairie des communes de moins de 1 000 habitants et de secrétaire des groupements composés de communes dont la population moyenne est inférieure à ce seuil. La loi du 6 août 2019 opère un changement juridique d'ampleur puisque désormais un tel recours est possible « pour tous les emplois » des communes de moins de 1 000 habitants et des groupements de communes regroupant moins de 15 000 habitants. Dans la mesure où, justement, il est parfois difficile pour les communes ou établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) de strate démographique modeste¹⁰ de trouver des fonctionnaires, cela devrait *a priori* favoriser l'emploi de contractuels. Ce n'est pourtant pas si sûr. Actuellement, faute de candidature de fonctionnaire pour pourvoir un emploi

⁷ L'exposé des motifs du projet de loi Sauvadet indiquait que cette « précision réaffirme le principe de l'occupation des emplois permanents par des fonctionnaires. Elle est en accord avec la jurisprudence du Conseil d'État d'où il ressort, d'une part, que ces cas de recours "n'autorisent pas les organes délibérants à créer des emplois permanents exclusivement réservés à des agents contractuels" [...] et, d'autre part, que le recrutement d'agents non titulaires pour des besoins permanents est soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence dans les conditions de droit commun prévues par la loi du 26 janvier 1984 [...] », https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=17032568581B530488913217BC50FCB1.tplgfr43s_1?idDocument=JORFDOLE000024540176&type=expose&typeLoi=&legislature=

⁸ CE, 12 juin 1996, *Communauté de communes du pays de Laval*, req. n° 167514, *Rec.* 227. C'est pour cette raison que l'article 34 (inchangé) de la loi du 26 janvier 1984 spécifie que la délibération créant un emploi « indique, le cas échéant, si l'emploi peut également être pourvu par un agent contractuel sur le fondement de l'article 3-3. Dans ce cas, le motif invoqué, la nature des fonctions, les niveaux de recrutement et de rémunération de l'emploi créé sont précisés. »

⁹ CE, 8 juillet 1991, *Commune d'Igny c/ M. Prat*, req. n° 81700, *Rec.* 277 ; CE, 25 mai 1992, *Commune d'Avignon*, req. n° 86702 ; CE, 14 mars 1997, *Département des Alpes-Maritimes*, req. n° 143800. *Rec.* 79.

¹⁰ Sont principalement concernés les communes et EPCI ruraux.

permanent vacant, ces communes et groupements peuvent contracter avec un non-titulaire sur le fondement de l'article 3-2. Toutefois, cette disposition ne permet de conclure un contrat que pour une durée maximale d'un an renouvelable dans la limite globale de deux ans alors que le nouvel article 3-3 prévoit une durée maximale de trois ans renouvelable et, au bout de six ans, la conclusion d'un engagement à durée indéterminée. Autrement dit, ce n'est pas tant le nombre de contractuels qui devrait significativement augmenter que leur situation se pérenniser. Et si augmentation il y avait, elle devrait surtout concerner les agents occupant des emplois correspondant au grade de fonctionnaires de catégorie C pouvant être nommés par la voie de l'intégration directe¹¹. En effet, à leur égard, les élus locaux pourraient préférer une relation contractuelle pérenne à la titularisation. Il reste à savoir quelle politique de ressources humaines ils choisiront d'appliquer. Quoi qu'il en soit, au regard des effectifs globaux de la fonction publique territoriale, le nombre de contractuels ne devrait pas augmenter massivement car les communes de moins de 1 000 habitants et les groupements de communes de moins de 15 000 habitants, outre qu'ils tendent à diminuer du fait du mouvement de fusions en cours depuis quelques années, n'emploient qu'une part mineure des agents territoriaux. Selon la Direction de l'administration et de la fonction publique (DGAFP), au 31 décembre 2016, la fonction publique territoriale comptait 1 885 820 agents dont 1 469 265 fonctionnaires et 356 806 contractuels (soit 18,9 % des effectifs totaux). Or, les agents publics employés dans les communes et les communautés de communes — lesquelles sont avec les syndicats intercommunaux ou mixtes les seuls groupements de communes pouvant compter moins de 15 000 habitants — sont respectivement 107 741 et 83 581¹², soit seulement 10,4 % des effectifs totaux de la fonction publique territoriale. Bien que la part des contractuels ne soient malheureusement pas précisée, elle doit être vraisemblablement proche de celle de l'ensemble de la fonction publique territoriale. Et même si elle était amenée à augmenter, cela ne porterait manifestement pas la part totale des contractuels à un pourcentage bien plus élevé qu'elle l'est actuellement.

L'autre cas concerne les emplois pouvant être occupés par des contractuels lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient (art. 3-3, 2°). Naguère limité aux emplois du niveau de la catégorie A, il est désormais étendu à ceux des catégories B et C. Or, les besoins du service étant libéralement caractérisés par une vacance d'emploi, on aurait pu s'attendre avant la loi du 6 août à ce que les contractuels investissent massivement les emplois de catégorie A. Il n'en a pourtant rien été pour deux raisons. D'une part, parce que la vacance justifiant la nomination d'un non-titulaire suppose que l'emploi ne puisse être

¹¹ Ce qui est possible lorsque le grade de début est doté de l'échelle de rémunération la moins élevée de la fonction publique (art. 38 de la loi du 26 janvier 1984).

¹² *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique*, éd. 2018, pp. 307, 309 et 310. Il s'agit des effectifs physiques et non des effectifs en équivalent temps plein. Il faut ajouter à ces agents les autres catégories et statuts (notamment les assistants maternels et les apprentis) au nombre de 59 749.

pourvu par un fonctionnaire en dépit d'un appel à candidatures¹³. D'autre part, en cas de candidature de fonctionnaire, il appartient alors à l'administration d'établir soit que, compte tenu de son profil, « le recours à un contractuel comporte un avantage déterminant » par rapport à un fonctionnaire, soit que la nature des fonctions le justifie, c'est-à-dire que le besoin du service nécessite des compétences techniques hautement spécialisées¹⁴. Or, il s'avère que cette possibilité n'a pas conduit à une diminution du nombre de fonctionnaires de catégorie A. Au contraire, toutes catégories confondues, si le nombre de contractuels a augmenté en volume en passant de 327 941 en 2006 à 356 806 en 2016, il a baissé en pourcentage en passant de 20,4 % à 18,9% des effectifs de la fonction publique territoriale¹⁵. Cela démontre que le nombre des contractuels a cru moins vite que celui des fonctionnaires, donc que les employeurs territoriaux ont privilégié le recours aux agents titulaires¹⁶. Bien que ces chiffres soient globaux, mais compte tenu du fait que d'une manière générale « la proportion de contractuels diminue quand le niveau hiérarchique augmente »¹⁷, il y a lieu de considérer que l'article 3-3, 2°, n'a pas été la cause d'un taux élevé d'occupation d'emplois de catégorie A par des contractuels. En cet état, il est peu probable que l'extension du champ d'application de cet article aux emplois de catégories B et C produise un effet radicalement différent, même si son impact devrait être plus important s'agissant d'emplois hiérarchiquement moins élevés. Il faudra toujours procéder à une publicité de vacance d'emploi et recruter prioritairement un fonctionnaire, sauf à démontrer que le profil d'un candidat contractuel convient mieux au poste ou que les fonctions à exercer sont hautement spécialisées, ce qui paraît *a priori* plus difficile à établir, s'agissant de catégories d'agents moins qualifiés, que pour un emploi de catégorie A.

En troisième lieu, si, en modifiant l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984, loi du 6 août 2019 élargit les possibilités d'accès des contractuels aux emplois fonctionnels de la fonction publique territoriale, elle le fait de manière limitée et peu attractive. En apparence, c'est l'esprit d'ouverture que le législateur a souhaité insuffler dans le monde des emplois de

¹³ CE, 27 février 1995, *Préfet de l'Essonne c/ Conseil général de l'Essonne*, Rec. 112 ; CE, 20 mars 1996, *OPHLM de la Communauté urbaine du Mans*, req. n° 152651, Rec. tables 995 ; voir aussi concl. M. Pochard sur CE, 11 mars 1992, *Commune de Blagnac*, AJDA, 1992, p. 523.

¹⁴ M. Pochard, concl. préc. ; CE, *Préfet de l'Essonne c/ Conseil général de l'Essonne*, préc. ; CE, *Communauté de communes du pays de Laval*, préc. ; CE Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, Rec. 375, concl. J.-H. Stahl.

¹⁵ DGAFP, *Fonction publique – Chiffres-clés 2018*, point 8.

¹⁶ Il est vrai que ces pourcentages globaux pourraient être trompeurs à propos de la fonction publique territoriale dans la mesure où celle-ci compte seulement 10 % d'agents de catégorie A (dont 0,6 % en A+), contre respectivement 15 % et 76 % de catégories B et C. Toutefois, sur la même période 2006-2016, la fonction publique de l'État et la fonction publique hospitalière qui comptent beaucoup plus d'agents de catégorie A (dans la FPE : 56 % des agents relèvent de la catégorie A dont 4,4 % en A+, 24 % de la catégorie B et 20 % de la catégorie C ; dans la FPH respectivement 33 % dont 0,5 % en A+, 19 % et 48 %) ont connu certes une augmentation du nombre de contractuels, mais sans que cette augmentation soit massive. Ainsi, pour la FPE, la part des contractuels passe de 11,8 % à 16,4 % des effectifs et, dans la FPH, de 13,5 % à 18,2 % (DGAFP, *Fonction publique – Chiffres-clés 2018*, page introductive sur l'essentiel des chiffres-clés et point 8).

¹⁷ DGAFP, *Rapport annuel sur l'état de la fonction publique*, éd. 2017, pp. 181 et 185.

direction. En effet, l'article 47 tel que modifié permet désormais de pourvoir par la voie du recrutement direct les emplois :

- de directeur général des services (DGS) et, lorsque l'emploi est créé, de directeur général adjoint des services (DGAS) des départements et des régions ou — et c'est une innovation — des collectivités exerçant les compétences des départements et des régions ;
- de DGS et de directeur général des services techniques (DGST) des communes et des EPCI à fiscalité propre de plus de 40 000 habitants contre 80 000 antérieurement ;
- de DGA des services des communes et des EPCI à fiscalité propre de plus de 40 000 habitants contre 150 000 jusqu'alors ;
- de directeur général des établissements publics dont les caractéristiques et l'importance le justifient. La liste de ces établissements est fixée par décret en Conseil d'État (le texte reste inchangé).

L'abaissement des seuils devrait sans doute permettre une augmentation du nombre de contractuels à des postes de direction mais dans une proportion limitée. D'une part, parce que seuls environ 400 collectivités et EPCI sont concernés, donc un nombre restreint d'emplois fonctionnels, d'autre part, et surtout, parce qu'on ne s'improvise pas DGS ou DGA d'une collectivité et d'un EPCI d'une telle taille. Il y a donc peu de chance que les attachés ou les administrateurs territoriaux soient concurrencés par des cadres supérieurs du secteur privé pour d'évidentes raisons de compétence. On ne gère pas une collectivité publique comme une entreprise privée tant les règles de fonctionnement que la culture diffèrent. Le recrutement direct devrait donc en pratique concerner principalement des contractuels ayant fait leurs preuves dans le cadre d'un emploi non fonctionnel. Or, non sans contradiction, le législateur a réduit l'attractivité d'un recrutement direct. Alors que le Conseil d'État a considéré que le contrat conclu pour pourvoir un emploi fonctionnel pouvait être conclu *ab initio* à durée indéterminée¹⁸ et sans publicité préalable de la vacance d'emploi¹⁹, la loi du 6 août a prévu non seulement que l'engagement ne pourra désormais l'être que pour une durée déterminée qu'un décret devra préciser, mais encore que son renouvellement ne puisse être effectué pour une durée indéterminée. Il y a mieux pour convaincre un agent public, *a fortiori* un salarié privé, bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée de se porter candidat à un emploi fonctionnel²⁰.

¹⁸ CE, 30 septembre 2015, *Communauté d'agglomération Côte Basque-Adour*, req. n° 375730, Rec. tables 721, AJDA 2015, p. 1831, p. 2105, note M.-Ch. de Montecler.

¹⁹ Le juge administratif a dans un premier temps considéré que la légalité d'un recrutement direct était subordonnée à une publication préalable de la déclaration de vacance d'emploi (CE, 30 novembre 2011, *M. Michel B. c/ OPDHLM de la Haute-Corse*, req. n° 322639), pour ensuite juger du contraire de manière plus conforme au texte de l'article 47 de la loi du 26 janvier 1984 (CE, *Communauté d'agglomération Côte Basque-Adour*, préc.).

²⁰ Toutefois, pour l'agent contractuel de droit public bénéficiant d'un contrat à durée indéterminée, une solution pourrait passer par une adaptation du congé de mobilité prévu par l'article 35-2 du décret n° 88-145

Quoi qu'il en soit, à supposer qu'en dépit des trois raisons évoquées le nombre d'agents contractuels territoriaux augmentait de manière significative, l'évolution qui en résulterait ne serait sans doute pas si transformatrice. Car un trait essentiel du droit de la fonction publique demeurerait, à savoir son caractère statutaire. Il y a fort longtemps déjà, Yves Gaudemet a démontré que les agents contractuels de droit public se trouvent en réalité soumis à un statut légal et réglementaire²¹, et ce constat n'a cessé depuis d'être conforté en raison d'un alignement progressif de leur situation sur celle des fonctionnaires opéré tant par le législateur que par la jurisprudence²². La loi du 6 août 2019 ne déroge pas à cette tendance. D'une part, elle étend la portabilité du contrat à durée indéterminée aux mouvements entre les différents versants de la fonction publique permettant aux contractuels²³ d'intégrer à l'instar des fonctionnaires un autre versant de la fonction publique²⁴. D'autre part, elle prévoit que les contractuels bénéficiant d'un engagement d'une durée minimale d'un an conclu sur la base de l'article 3-3 de la loi du 26 janvier 1984 bénéficieront d'un droit à la formation professionnelle tout au long de la vie identique à celui des fonctionnaires²⁵. Il n'est sans doute pas exagéré de dire avec Marc Firoud que s'esquisse ainsi au profit des contractuels « une forme de carrière »²⁶. Ainsi, à mesure que la fonction publique s'ouvre aux contractuels, le régime juridique applicable à ces derniers se rapproche toujours davantage de celui des fonctionnaires. La transformation escomptée ne serait-elle finalement pas qu'un retour à la case départ ?

II. Une réforme pour les employeurs territoriaux

La loi du 6 août 2019 est davantage une loi faite pour les employeurs publics que pour les agents territoriaux. Certes, quelques dispositions sont favorables à ces derniers, mais la

du 15 février 1988. Ce congé, qui *mutatis mutandis* constitue une sorte de détachement, est réservé à l'agent public bénéficiant d'un CDI et ne peut être accordé que lorsqu'il est recruté par une autre personne publique qui ne peut le recruter initialement que pour une durée déterminée.

²¹ « Existe-t-il une "catégorie" d'agents publics contractuels de l'administration ? », *AJDA*, décembre 1977, notamment pp. 614 et s.

²² Voir la synthèse effectuée par E. Aubin qui va jusqu'à qualifier l'agent contractuel de « "simili" fonctionnaire », « Le contrat [...] », *op. cit.*, pp. 2352 et 2353. Pour une opinion différente, voir A. Taillefait pour qui la « conception statutaire de la fonction publique n'en finit pas de finir », « Déontologie et égalité professionnelle après la loi Dussopt », *AJDA*, 2019, p. 2356.

²³ Art. 3-5 modifié de la loi du 26 janvier 1984.

²⁴ Pour les fonctionnaires, voir art. 13 *bis* et 14 de la loi du 13 juillet 1983.

²⁵ Art. 2 modifié (par art. 21) de la loi n° 84-594 du 12 juillet 1984 relative à la formation des agents de la fonction publique territoriale. Sur ce point, voir Ch. Froger, « La loi [...] », *op. cit.*, p. 2368.

²⁶ M. Firoud, « Projet de loi "Fonction publique" », *AJCT*, 2019, p. 116. Dans le même sens L. Derboulles, « Quel statut [...] », *loc. cit.*, p. 196. *Contra* A. Taillefait qui voit au contraire dans la loi du 6 août 2019 une « réforme dissolvante du statut général » opérée par « une déviation contractualiste », « Transformer n'est pas bifurquer : à propos de la « loi Dussopt », *AJFP*, 2019, p. 315.

plupart ont été élaborées pour simplifier et fluidifier l'action administrative au risque de créer des déséquilibres.

A. Quelques mesures en faveur des agents territoriaux

Assurément, la loi du 6 août 2019 n'ignore pas les agents publics territoriaux. Plusieurs mesures leurs sont favorables. Tout d'abord, certains contractuels pourront désormais bénéficier d'une indemnité de précarité à l'échéance de leur contrat si celui-ci est d'une durée égale ou inférieure à un an²⁷. Plus encore, les agents de catégories B et C sont éligibles à un contrat à durée indéterminée au bout de six ans de service à l'instar de leurs collègues de catégorie A. En effet, l'article 3-3 de la loi du 26 janvier 1984 subordonnant la conclusion d'un tel contrat à la circonstance que le recrutement initial à durée déterminée ait été effectué dans l'un des cas qu'il énumère, l'ouverture opérée par la loi du 6 août à leur bénéfice de ces cas de recrutement entraîne l'application à leur égard du régime de la cédésation. Il s'agit là d'une évolution notable. Enfin, la portabilité d'un contrat à durée indéterminée n'est plus limitée à la fonction publique territoriale mais étendue aux mouvements entre les différents versants de la fonction publique²⁸.

Pour leur part, les fonctionnaires territoriaux peuvent se prévaloir de quelques avancées qu'il s'agisse de la création d'un congé de proche aidant leur permettant, dans la limite d'une année, de suspendre leur activité professionnelle pour aider un proche affecté d'un handicap ou d'une grave perte d'autonomie²⁹, de la possibilité d'effectuer un télétravail non plus seulement régulier mais aussi ponctuel³⁰, ou encore de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Cette dernière est désormais davantage garantie par plusieurs mesures telle l'obligation faite aux employeurs publics d'élaborer — à peine d'une sévère sanction financière — et de mettre en œuvre un plan d'action pluriannuel³¹, telle la création d'un aménagement horaire pour allaitement d'un enfant³², et tel le maintien d'une part, du régime indemnitaire dans les mêmes proportions que le traitement durant les congés de maternité, de paternité et d'accueil de l'enfant³³, d'autre part, des droits à l'avancement pendant le congé parental ou une disponibilité pour élever un enfant de moins

²⁷ Art. 136 modifié de la loi du 26 janvier 1984. Seuls les contractuels dont la rémunération brute globale prévue dans leur contrat est inférieure à un plafond fixé par décret pourront en bénéficier.

²⁸ Art. 3-5 modifié de la loi du 26 janvier 1984.

²⁹ Art. 57, 10° *bis*, de la loi du 26 janvier 1984 modifiée.

³⁰ Art. 133 modifié de la loi du 12 mars 2012.

³¹ Art. 6 *septies* de la loi du 13 janvier 1983 modifiée. Cette obligation ne s'impose cependant pas à tous. Les communes et les EPCI de moins de 20 000 habitants en sont exemptés.

³² Art. 46 de la loi du 6 août 2019.

³³ Art. 88 modifié de la loi du 26 janvier 1984.

de 8 ans dans la limite de 5 ans pour l'ensemble de la carrière³⁴. Sans être insignifiantes, ces dispositions ne sont assurément pas transformatrices. Et même les mesures-phares intéressant les contractuels n'ont pas été conçues pour transformer leur statut, mais d'abord et avant tout pour donner aux collectivités locales davantage de souplesse dans le recrutement des agents publics.

2. D'importantes mesures pour simplifier l'action administrative

Eu égard au nombre et à l'importance des dispositions intéressant l'administration, la loi du 6 août 2019 apparaît avant tout comme une loi de simplification de l'action administrative. De nombreuses procédures ont été allégées, des prises en charge financière d'agents dans certaines situations ont été diminuées et le pouvoir d'action unilatérale de l'autorité territoriale accrue. Si ces mesures s'avèrent dans l'ensemble utiles et pertinentes, il y a tout de même lieu de se demander si certaines d'entre elles n'affaiblissent pas trop la situation des fonctionnaires ainsi que le contre-pouvoir que constituent les organisations syndicales.

En premier lieu, la loi du 6 août 2019 simplifie incontestablement la prise de décision des employeurs territoriaux. Alors que la commission administrative paritaire (CAP) disposait d'une compétence consultative de principe à l'égard de toute décision portant sur la situation individuelle des fonctionnaires, elle n'interviendra désormais que dans les cas limitativement énumérés par l'article 30 modifié de la loi du 26 janvier 1984, à savoir : les décisions en matière de titularisation et les licenciements en cours de stage (art. 46) ; les refus opposés aux demandes d'accomplissement d'un service à temps partiel (art. 60) ; la mise en disponibilité à la demande de l'intéressé ou d'office ainsi que le licenciement lorsque le fonctionnaire en disponibilité a refusé successivement trois emplois qui lui ont été proposés en vue de sa réintégration (art. 72) ; le congé parental (art. 76) ; les sanctions disciplinaires (art. 89)³⁵ ; le licenciement pour insuffisance professionnelle (art. 93) ; la non-acceptation de la démission d'un fonctionnaire (art. 96). Il en résulte *a contrario* que les décisions individuelles relatives à la mutation d'office dans l'intérêt du service, aux mobilités, à l'avancement et à la promotion interne peuvent désormais être prises sans l'avis de la

³⁴ Art. 72 et 75 modifiés de la loi du 26 janvier 1984.

³⁵ À l'exception de celles du premier groupe conformément à l'article 19 non modifié de la loi du 13 juillet 1983 et à l'article 37-1 du décret n° 89-229 du 17 avril 1989 relatif aux commissions administratives des collectivités territoriales et de leurs établissements publics modifié par l'article 31 du décret n° 2019-1265 du 29 novembre 2019. Ce décret ajoute d'ailleurs quelques cas de consultation de la CAP comme l'y autorise la loi du 6 août 2019. Il précise également les cas où la consultation est obligatoire et ceux dans lesquels elle intervient à la demande du fonctionnaire.

CAP³⁶. Cette sortie de décisions importantes du giron des CAP peut se justifier de deux manières.

D'une part, elle permet d'alléger les procédures : dès lors qu'une mesure de mobilité requiert en principe l'accord du fonctionnaire, la consultation préalable de la CAP n'a guère d'utilité lorsque celui-ci, l'administration d'origine et l'organisme d'accueil sont d'accord pour qu'un détachement soit prononcé rapidement, notamment en cas d'externalisation du service. Plus encore, une telle consultation peut parfois nuire à l'intérêt du service. Lorsqu'une mutation d'office est prononcée par exemple en raison d'une dissension dans le service³⁷ ou d'une manière de servir incompatible avec les contraintes du service³⁸, le passage par la CAP s'avère en pratique inadapté. Non pas tant pour les collectivités ou les établissements publics locaux disposant d'une instance convocable en tant que de besoin, mais pour celles et ceux dépendant du calendrier des réunions établis par le centre départemental de gestion, lequel n'est pas toujours en phase avec les besoins de ses membres.

D'autre part, elle tend à mettre fin à une pratique discutable des organisations syndicales dans les procédures de promotion interne et d'avancement. Il est notoire que celles-ci examinent la situation individuelle des agents essentiellement sous l'angle de l'ancienneté. Et certains employeurs territoriaux, davantage soucieux de paix sociale que d'assurer une saine équité professionnelle, avalisent l'avis émis garantissant ainsi aux médiocres une carrière similaire à celle des fonctionnaires méritants. Assurément, l'efficacité de l'action administrative n'en ressort pas renforcée³⁹. Toute la question est de savoir si le pari de la légèreté procédurale sera gagné ou si les traditionnelles pesanteurs ressurgiront par des voies détournées. Nonobstant ces interrogations, il y a tout de même lieu de se demander si la loi du 6 août 2019 ne crée pas un déséquilibre. Car, si les organisations syndicales n'usent pas toujours de manière appropriée de leur influence, leur influence n'en est pas moins indispensable pour contrebalancer le pouvoir de l'autorité territoriale. Il ne faudrait donc pas que l'affaiblissement du contre-pouvoir que les représentants du personnel exerçaient au moyen de la CAP, particulièrement sur les promotions internes et les avancements de grade, ne conduisent une augmentation du nombre des décisions iniques de l'administration. Et ce n'est pas le contrôle que le comité social territorial (CST), lequel se substituera au comité technique en 2022⁴⁰, qui sera de

³⁶ Ces nouvelles dispositions s'appliquent en vue de l'élaboration des décisions individuelles prises au titre de l'année 2021. Toutefois, les décisions individuelles relatives aux mutations et aux mobilités ne relèvent plus des attributions de la CAP à compter du 1^{er} janvier 2020 (art. 94, IV, de la loi du 6 août 2019).

³⁷ CE, 21 juin 1968, *Sieur Barré*, *Rec. tables* 990, *AJDA*, 1969, p. 114 ; CE, 18 octobre 2006, *M. Philippe A...*, req. n° 282013.

³⁸ CE, 12 mars 1999, *M. Brochot-Denys*, req. n° 189890.

³⁹ Voir en ce sens C. Chauvet, « Le dialogue social dans la loi du 6 août 2019 », *AJDA*, 2019, pp. 2346 et 2347.

⁴⁰ Art. 32, 33 et 33-1 modifiés de la loi du 26 janvier 1984. Leur entrée en vigueur est fixée au prochain renouvellement général des instances de la fonction publique (art. 94, II, de la loi du 6 août 2019), soit en 2022.

nature à compenser cette perte d'influence. Certes, le CST sera consulté d'une part, sur les lignes directrices de gestion par lesquelles l'autorité territoriale devra fixer notamment les orientations générales en matière de promotion et de valorisation des parcours ainsi que sur leur mise en œuvre à travers la présentation d'un bilan dressé sur la base des décisions individuelles prises. Cependant, il est bien évident que se prononcer sur une politique générale de ressources humaines est une chose, sur des décisions individuelles en est une autre⁴¹. Autrement dit, le compromis de 1946, qui s'était traduit par une participation des fonctionnaires aux décisions qui les concernent, sort écorné de l'été 2019⁴².

En deuxième lieu, la prise en charge financière des fonctionnaires momentanément privés d'emploi a été fortement allégée pour les employeurs territoriaux. Lorsque qu'une collectivité territoriale supprime un emploi sans pouvoir reclasser le fonctionnaire qui l'occupait, faute de pouvoir licencier l'agent, cela entraîne pour elle un coût qui peut être dissuasif. En effet, l'intéressé, placé en surnombre, continue à être rémunéré⁴³ pendant une durée maximale d'un an alors même qu'il n'accomplit aucun service. Si à l'issue de cette période aucun reclassement ne s'est avéré possible, l'agent est pris en charge par le centre de gestion⁴⁴. Or, ce dernier reçoit de la part de la collectivité locale concernée une contribution financière susceptible de se pérenniser aussi longtemps qu'il n'a pas retrouvé un emploi⁴⁵. Afin que l'agent constitue le moins longtemps possible une charge pour la collectivité qui l'employait, la loi du 6 août 2019 a modifié l'article 97 de la loi du 26 janvier 1984 à deux égards. D'une part, il s'agit de maximiser les chances de procéder à un reclassement du fonctionnaire. Pour ce faire, dans les trois mois suivants le début de la prise en charge, le fonctionnaire et le centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT) ou le centre de gestion élaborent conjointement un projet personnalisé destiné à favoriser son retour à l'emploi. Ce projet peut se concrétiser notamment par des actions d'orientation, des formations et des évaluations que l'intéressé est tenu de suivre afin de lui permettre l'exercice d'un nouveau métier dans l'un des versants de la fonction publique (et non plus seulement la FPT) ou dans le secteur privé. D'autre part, l'agent est incité à être activement à la recherche d'un emploi. Pour ce faire, la loi du 6 août 2019 a accru la

⁴¹ Le jeu des « vases communicants » entre la CAP et le CST qu'évoque à juste titre M. Firoud (« Transformation de la fonction publique : du nouveau sous le soleil ! », *AJCT*, 2019, p. 364) est donc à relativiser.

⁴² Voir F. Melleray, « La loi du 6 août 2019 fera-t-elle date ? », *AJDA*, 2019, pp. 2373-2374.

⁴³ CE, 28 mars 1964, *Nadau*, *Rec.* 155.

⁴⁴ Art. 97 de la loi du 26 janvier 1984.

⁴⁵ L'article 97 *bis* de la loi du 26 janvier 1984 fixe le montant de cette contribution ainsi : « Pour les collectivités ou établissements affiliés soit obligatoirement, soit volontairement depuis au moins trois ans à la date de suppression de l'emploi, cette contribution est égale pendant les deux premières années à une fois et demie le montant constitué par les traitements bruts versés au fonctionnaire augmentés des cotisations sociales afférentes à ces traitements. Elle est égale à une fois ce montant, pendant la troisième année, et aux trois quarts de ce montant au-delà des trois premières années. - Pour les autres collectivités et établissements, cette contribution est égale, pendant les deux premières années, à deux fois le montant constitué par les éléments définis à l'alinéa ci-dessus. Elle est égale à ce montant pendant les deux années suivantes et aux trois quarts du même montant au-delà des quatre premières années. »

dégressivité de la rémunération de celui-ci par rapport à ce que la loi du n° 2016-483 du 20 avril 2016 avait institué. Alors que le fonctionnaire momentanément privé d'emploi recevait une rémunération correspondant à l'indice détenu dans son grade à hauteur de 100 % les deux premières années de prise en charge, cela sera désormais le cas seulement la première année. Plus encore, alors que cette rémunération était ensuite réduite de 5 % chaque année jusqu'à atteindre 50 % de la rémunération initiale la douzième année et les années suivantes, elle est à présent réduite de 10 % chaque année sans plancher. Autrement dit, au bout de dix ans, le fonctionnaire ne perçoit plus de rémunération. Il est alors licencié. De plus, s'il peut bénéficier de la jouissance immédiate de ses droits à pension et à taux plein, le fonctionnaire est radié des cadres d'office et admis à faire valoir ses droits à la retraite, alors qu'antérieurement cela n'était possible que s'il refusait, suivant les hypothèses, deux ou trois offres d'emploi⁴⁶. La loi du 6 août 2019 dissocie donc la mise à la retraite d'office du refus d'accepter une offre d'emploi, ce qui n'est pas incohérent.

En troisième lieu, la loi du 6 août 2019 a attribué à l'autorité territoriale deux nouveaux pouvoirs d'action unilatérale. Le premier concerne le détachement. Traditionnellement, le détachement d'un fonctionnaire n'est possible qu'à la demande de celui-ci, donc avec son accord⁴⁷. Or la loi du 6 août 2019 insère dans la loi du 13 juillet 1983 un nouvel article 15 qui reconnaît à l'administration la possibilité de détacher d'office un fonctionnaire. Cette faculté n'est toutefois ouverte qu'en cas d'externalisation d'un service public industriel et commercial (SPIC). Actuellement, lorsqu'une personne publique externalise la gestion de l'un de ses services par un marché public ou une délégation de service public à un prestataire privé ou un organisme public gérant un SPIC, elle ne peut obliger les fonctionnaires qui exercent leurs fonctions dans ce service à être placés, par la voie du détachement ou de la mise à disposition, auprès du prestataire ou de l'organisme, et ce contrairement aux contractuels. Pour ces derniers en effet, l'article L. 1224-3-1 du code du travail dispose que lorsque l'activité d'une personne publique employant des agents non titulaires de droit public est reprise par une personne morale de droit privé ou par un organisme de droit public gérant un SPIC, cette personne morale ou cet organisme propose à ces agents un contrat de travail de droit privé. Ce nouvel article 15, qui par ailleurs prévoit de nombreuses garanties aux intéressés notamment en ce qui concerne leur rémunération, procède *mutatis mutandis* à un rapprochement du régime des fonctionnaires sur celui des contractuels et, ce faisant, facilite le changement de mode de gestion d'un service public.

Le second nouveau pouvoir d'action unilatérale attribué à l'administration concerne le droit de grève. La loi du 6 août 2019, en insérant dans la loi du 26 janvier 1984 un article 7-2, encadre le droit de grève dans les services publics locaux de collecte et de traitement des déchets des ménages, de transport public de personnes, d'aide aux personnes âgées et handicapées, d'accueil des enfants de moins de trois ans, d'accueil périscolaire, et de

⁴⁶ Voir la version antérieure et la version modifiée de l'art. 97 de la loi du 26 janvier 1984.

⁴⁷ Art. 64 de la loi du 26 janvier 1984.

restauration collective et scolaire. Bien qu'au sein de ces services, ne peuvent être concernés que les agents publics participant directement à leur exécution et dont l'interruption du service du fait d'une grève contreviendrait au respect de l'ordre public ou aux besoins essentiels des usagers de ces services, il n'en demeure pas moins que l'employeur territorial dispose d'un pouvoir considérable puisqu'il peut déterminer les fonctions et le nombre d'agents indispensables à la continuité du service ainsi que les conditions dans lesquelles l'organisation du travail est adoptée et les agents présents au sein du service sont affectés. Si le législateur a prévu que ce dispositif peut être déterminé par un accord conclu avec les organisations syndicales disposant au moins d'un siège dans les instances professionnelles, il a anticipé les possibles réticences de ces dernières à consentir à un tel accord. Si dans l'année qui suit l'engagement par l'autorité territoriale des négociations, ces dernières n'ont pas abouti, il appartient alors à l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement public local d'arrêter les règles limitatives du droit de grève. Là encore, la loi de transformation de la fonction publique privilégie la continuité de l'action administrative plutôt que les droits des agents.

Les employeurs territoriaux sont ainsi les grands gagnants de cette « transformation de la fonction publique ». La loi du 6 août a été pensée et votée pour faciliter leur action. Sans être oubliés, les agents publics territoriaux sont néanmoins renvoyés au second plan d'une réforme qui n'a pas été faite pour eux. Cela n'est pas en soi un mal si on considère que l'équilibre entre les droits des agents et les besoins des administrations étant par définition instable, il requiert à échéance régulière des ajustements au profit des uns parfois, au bénéfice des autres d'autres fois. Toute la question est de savoir si en recherchant à rééquilibrer, le législateur n'a pas créé des déséquilibres.