

PERMANENCE ET TRANSFORMATIONS DU CONTRAT DE TRAVAIL UNE LEÇON DE DARWINISME JURIDIQUE ?

II – L'acclimatation du contrat de travail

Contrat et fonction publique : « je t'aime, moi non plus »

par Sylvain NIQUÈGE, Professeur à l'Université de Bordeaux,
Institut Léon Duguit

PLAN

- I. « Je t'aime » : le recours croissant au contrat d'engagement de droit public
- II. « Moi non plus » : le contrat d'engagement de droit public, un vrai contrat de travail ?
 - A. La définition de la relation de travail
 - B. La relation de travail

À l'évidence, toute relation de travail, quelle que soit sa nature juridique, se noue sur la base d'intérêts convergents : le travailleur a besoin de travailler pour vivre, l'employeur a besoin de travailleurs pour mener à bien son projet. Il est tout aussi évident que les deux acteurs de la relation de travail présentent des intérêts potentiellement divergents, qui peuvent tenir à ce que le travailleur entend être mieux rémunéré, disposer de meilleures conditions de travail ou simplement conserver celles qu'il a, et l'employeur souhaite, dans l'intérêt de l'entreprise, faire évoluer les termes de la relation de travail en un sens jugé défavorable par ses subordonnés. Bien sûr, le travailleur a aussi intérêt à ce que l'entreprise se porte bien et peut, à cette fin, accepter des efforts, voire des sacrifices, tandis que l'employeur peut avoir intérêt à ce que les travailleurs soient satisfaits de leurs conditions de travail (productivité, climat social) et donc accepter, le cas échéant, de faire des concessions.

Reste qu'au moment où se noue la relation de travail, il s'agit toujours de définir les modalités d'un équilibre entre, d'une part, l'intérêt de l'employeur et de l'entité qu'il représente et dirige, c'est-à-dire, pour l'essentiel, une certaine capacité d'adaptation, de l'autre, l'intérêt du travailleur, principalement une forme de sécurité (missions, durée de la relation de travail, rémunération...).

La question de cet équilibre et des moyens de le préserver se pose aussi bien pour les relations de travail de droit privé que pour celles de droit public (1). Simplement, la réponse apportée à cette question diffère dans l'un et l'autre cas.

Dans les relations de travail de droit privé, l'équilibre est censé reposer sur le contrat (individuel et collectif), quand bien même le contenu de celui-ci ou les conditions de son exécution et de son terme se trouvent encadrés par la loi. Le contrat reste

l'outil d'équilibre d'une relation qui, pour n'être pas toujours égalitaire en fait, n'en associe pas moins des intérêts également légitimes (ceux de l'entreprise, ceux du travailleur).

Dans les relations de travail de droit public, qui lient les employeurs publics assumant des missions de service public administratif à leurs agents (2), la situation est différente. En effet, dans notre culture politique et juridique, les intérêts en présence ne sont pas, contrairement à l'hypothèse précédente, également légitimes : l'intérêt général, pour lequel agit l'employeur, doit primer les intérêts particuliers et, en l'occurrence, ceux de ses propres agents (intérêts qui ne sont pas, pour autant, illégitimes). Si bien que l'équilibre de la relation de travail ne s'est pas construit sur un postulat d'égalité ou d'égalité des intérêts en présence, mais à l'inverse sur une inégalité assumée, reconnue et organisée

(1) Cette distinction ne recoupe pas la distinction, dont la frontière varie d'ailleurs selon les auteurs, entre « secteur privé » et « secteur public ». La relation de travail de droit privé n'est, en effet, étrangère ni aux personnes publiques (les agents qui ne sont pas chargés d'une mission regardée comme d'intérêt général – ainsi des agents contractuels rattachés à la gestion du domaine privé – ou qui sont chargés d'une mission de service public industriel et commercial – sous réserve de quelques exceptions, voir CE, 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau, Leb.* – leur sont ainsi

liés par un contrat de droit privé), ni au service public (les agents des personnes privées chargés d'une mission de service public sont des travailleurs de droit privé).

(2) Il y a cependant des exceptions. Ainsi, les « contrats aidés » sont le plus souvent qualifiés par le législateur de contrats de droit privé, quelle que soit la nature de l'employeur ou celle de la mission qu'il assume.

juridiquement (3). Il implique, au nom de l'intérêt général et de principes liés au service public (l'adaptabilité et la continuité, notamment), que soient imposées aux agents certaines contraintes (exclusivité d'emploi, limitation du droit de grève...), mais aussi, et peut-être surtout, que soit offerte à l'employeur public la possibilité de faire évoluer unilatéralement les termes de la relation de travail dans le sens qu'appelle l'intérêt général dont il est responsable. Naturellement, un tel dispositif est difficilement soluble dans le contrat individuel, perçu comme autorisant le travailleur à en revendiquer le respect, et avec lui celui de droits susceptibles d'entrer en contradiction avec l'intérêt général. C'est ce qui explique la soumission des fonctionnaires à un statut, ensemble de normes unilatérales et susceptibles de modifications unilatérales, évitant aux employeurs publics d'être enfermés dans un tissu de relations contractuelles qui les empêcherait d'adapter leur action aux contingences de l'intérêt général.

Il n'y a pourtant pas eu d'opposition immédiate entre le contrat d'engagement et la qualité de fonctionnaire. Ainsi, durant tout le 19^{ème} siècle (4) et même au-delà, il fut difficile d'envisager la relation de travail du fonctionnaire en dehors du schéma contractuel. Le désaccord dura longtemps entre les tenants du contrat de travail, les partisans d'un moyen terme mal défini que serait le contrat de fonction publique, auquel le Conseil d'État sembla se rallier un temps (5), et ceux d'une relation proprement unilatérale, née de la succession de choix concordants (de la candidature de l'agent à sa titularisation, en passant par sa nomination) et non pas de la rencontre simultanée de deux volontés égales. C'est bien cette dernière conception qui, cependant, finit par l'emporter (6).

La relation entre l'employeur public et le fonctionnaire, c'est-à-dire l'agent public titularisé, est donc unilatérale en ce sens que c'est l'autorité

publique (en particulier le législateur et le Premier ministre, au titre de son pouvoir réglementaire) qui en définit les termes. C'est le sens de la formule selon laquelle le fonctionnaire se trouve « *vis-à-vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire* » (7).

La conséquence en est que la puissance publique est maîtresse de la teneur de la relation de travail, à travers un corpus de règles générales, légales et réglementaires, qu'elle peut toujours faire évoluer (8). De ce point de vue, le premier statut général des fonctionnaires de l'État, édicté par les autorités de Vichy en 1941, était d'ailleurs plus explicite que l'actuel. Son article 4 prévoyait que « *le fonctionnaire est soumis (...) 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 résultants des textes antérieurement en vigueur* ». La formule est désormais plus ramassée, mais sa portée reste sensiblement la même.

L'équilibre de la relation de travail, tel qu'organisé par la puissance publique elle-même, repose alors sur l'octroi aux fonctionnaires d'un ensemble de garanties visant à les préserver de l'arbitraire, à leur assurer une certaine indépendance vis-à-vis de leur employeur *via* une forme de dépersonnalisation de leur relation. Au niveau du recrutement, celle-ci résulte de l'affirmation du principe du concours, lequel a vocation, par la mise à l'écart de l'*intuitu personae* qui en résulte (9), à éviter toute forme de favoritisme, principe constitutionnel de l'égal accès aux emplois publics oblige (10). Au niveau de la carrière, certaines modalités d'avancement des fonctionnaires y répondent (11). Mais la garantie essentielle offerte aux fonctionnaires a trait à la pérennité même de la relation de travail. Celle-ci découle de la distinction du grade et de l'emploi (12), mécanisme qui dissocie le sort

(3) C'est le cas de toutes les relations de droit public, notamment des relations de type unilatéral pour lesquelles la chose est plus immédiatement perceptible.

(4) Dans ses *Études administratives* (1845), Vivien explique que « *l'État, par la nomination d'un fonctionnaire, contracte des engagements* » (p. 62, nous soulignons).

(5) CE, 7 août 1909, *Winkell*.

(6) CE, 22 octobre 1937, *Minaire*.

(7) Art. 4 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

(8) Ce sont notamment les quatre titres du statut général (loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires – le titre I –, loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État – le titre II –, loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale – le titre III –, loi n°86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière – le titre IV), ainsi qu'un ensemble

pléthorique de textes réglementaires généraux ou propres à tel ou tel corps de fonctionnaires.

(9) Cette mise à l'écart de l'*intuitu personae* par le concours trouve ses limites dans les modalités mêmes de certains concours, en particulier le concours dit « de réserve » pratiqué dans la fonction publique territoriale.

(10) Art. 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « *Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

(11) V. l'art. 23 *bis* de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983. C'est en particulier le cas pour l'avancement d'échelon, qui « *a lieu sur la base de l'avancement moyen, constaté au sein de la même autorité de gestion, des fonctionnaires du même grade* ».

(12) Art. 12 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 : « *Le grade est distinct de l'emploi. Le grade est le titre qui confère à son titulaire vocation à occuper l'un des emplois qui lui correspondent* ».

réservé au fonctionnaire de celui de l'emploi qu'il occupe, puisqu'en cas de suppression de cet emploi par l'employeur, suppression que les évolutions de l'intérêt général peuvent toujours appeler, il reste propriétaire d'un grade qui lui donne vocation à occuper un (autre) emploi, et en particulier l'un des emplois permanents de l'administration sur lesquels il bénéficie d'une priorité (13).

Souvent critiqué au titre des rigidités qu'il impliquerait, cet équilibre chancelle désormais. Les modifications du statut général des fonctionnaires sont ainsi multipliées, qui ont eu pour objet ou pour effet d'individualiser, de « re-personnaliser » la relation de travail du fonctionnaire et de

son employeur (14). La recherche d'une certaine « souplesse » ne date cependant pas d'hier, en particulier sur le terrain du recrutement. Ainsi, dès 1983, la faculté pour les employeurs publics de recruter des agents publics non titulaires, notamment par l'intermédiaire du contrat, pour satisfaire des besoins que les fonctionnaires soit n'ont pas vocation à satisfaire, soit ne peuvent satisfaire, a été reconnue. Il est vrai, néanmoins, que les possibilités de recours au contrat d'engagement d'agents de l'administration se sont vus, depuis lors, constamment élargies (I), sans que cesse d'être interrogée, tant s'en faut, la nature réelle de ce contrat (II).

I. « Je t'aime » : le recours croissant au contrat d'engagement de droit public

D'emblée, le statut général des fonctionnaires « moderne » (celui de 1983) a fait une place importante à la possibilité pour les employeurs publics de recruter par contrat.

La loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État en fournit une illustration. Dans sa version initiale, elle prévoit déjà une série d'hypothèses d'emplois de personnels non-statutaires. Certaines d'entre elles visent des emplois non-permanents, tel l'article 6, alinéa 2 prévoyant le recours possible à des agents contractuels pour des besoins saisonniers ou occasionnels (15). D'autres, surtout, dérogent au monopole dont les fonctionnaires bénéficient pour l'occupation des emplois permanents. C'est le cas, à l'article 6, alinéa 1, pour les emplois permanents à temps incomplet, à l'article 3 pour les emplois « dont la nomination est laissée à la décision du Gouvernement » (16), pour les emplois offerts par certains établissements publics ou en cas de besoin imprévisible de remplacement d'un fonctionnaire (congé

de maladie...), à l'article 4 encore, « lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient », notamment parce qu'il n'y aurait pas de corps de fonctionnaires capable de prendre en charge certaines missions. La possibilité pour les employeurs publics d'avoir recours au contrat est donc tout, sauf une nouveauté.

L'évolution ultérieure du statut nous semble cependant appeler trois remarques, de nature à rendre compte de la place qu'occupe désormais le contrat en matière d'engagement de personnels par les personnes publiques.

D'abord, le contrat est devenu l'instrument de principe du recrutement des agents non titulaires (17), alors que, jusque récemment, les textes réglementaires prévoyaient que les agents non titulaires pouvaient être recrutés soit « par contrat », soit « par une décision unilatérale » (18), ou encore, de façon moins claire, « par engagement écrit » (19). Depuis les années 2014-2015, les agents non-titulaires ne sont plus envisagés que comme des agents contractuels.

(13) Art. 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 : « 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, à l'exception de ceux réservés aux magistrats de l'ordre judiciaire et aux fonctionnaires des assemblées parlementaires, occupés soit par des fonctionnaires régis par le présent titre, soit par des fonctionnaires des assemblées parlementaires, des magistrats de l'ordre judiciaire ou des militaires dans les conditions prévues par leur statut ».

(14) L'évolution des modalités de l'évaluation professionnelle, celle du régime indemnitaire, la création de statuts d'emploi s'inscrivent, entre autres exemples, dans cette dynamique.

(15) V. désormais l'art. 6 sexes, al. 1 : « Des agents contractuels peuvent être recrutés pour faire face à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité lorsque cette charge ne peut être assurée par des fonctionnaires ».

(16) Directeurs d'administration centrale, ambassadeur, préfet...

(17) Précisément pour les agents non titulaires n'ayant pas vocation immédiate à devenir fonctionnaires, à l'exclusion, donc, des fonctionnaires-stagiaires. Par ailleurs, il existe encore de rares exceptions, comme pour les membres de cabinets ministériels, qui sont nommés par arrêté ministériel (décret n° 2017-1063 du 18 mai 2017).

(18) Art. 3 du décret n° 88-145 du 15 février 1988 pris pour l'application de l'art. 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale.

(19) Art. 4 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État pris pour l'application de l'art. 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

C'est ainsi que l'intitulé du décret n° 88-145 relatif aux agents non-titulaires de la fonction publique territoriale a évolué ; il vise désormais les « *agents contractuels de la fonction publique territoriale* ». De même, s'agissant de la fonction publique de l'État, l'article 4 du décret n° 86-83 précise aujourd'hui que « *L'agent non titulaire est recruté par contrat* ».

Ensuite, les possibilités pour les personnes publiques de recruter des agents publics contractuels se sont élargies, même si elles restent encore formellement, s'agissant des emplois permanents, de l'ordre de la dérogation.

Cette évolution a longtemps suivi une pente plutôt douce, celle d'un élargissement progressif des grandes catégories d'hypothèses de recours au contrat ouvertes dès 1983-1984 et liées à l'existence de besoins ponctuels, à la singularité des emplois à temps incomplet ou non complet, à la spécificité de la haute fonction publique, à la nécessité de remplacer les fonctionnaires momentanément absents ou de pallier une absence liée aux délais de remplacement, à l'absence de corps ou de cadre d'emplois de fonctionnaires susceptibles d'assurer certaines fonctions, enfin à l'existence de besoins particuliers pour les emplois du niveau de la catégorie A (20). Une pente juridiquement douce, mais dont les effets pratiques sont aujourd'hui imposants : les agents contractuels représentent une part majeure des effectifs de la fonction publique (entre 25 et 30 % (21)), et le flux des effectifs de la fonction publique (entrées et sorties) est d'abord le fait des agents contractuels (22).

Cette tendance, qui s'inscrit donc dans la longue durée, semble bien gagner en vigueur. C'est ce dont témoignent plusieurs dispositions du projet de loi de transformation de la fonction publique, dispositions intégrées au sein d'une section assez explicitement intitulée « *Élargir le recours au contrat* ». Entre autres exemples (23), l'article 5 facilite le recours au contrat dans les emplois de direction des trois fonctions publiques, bien au-delà de ce qui est

aujourd'hui possible. Une première tentative avait eu lieu dans le cadre de la loi pour la liberté de choisir son avenir professionnel, sans succès (24). Le projet de loi reprend le flambeau. L'article 9 élargit, quant à lui, la dérogation à l'obligation d'emploi de fonctionnaires à tous les emplois des établissements publics de l'État, à l'exception des emplois pourvus par les personnels de la recherche (25). Quant à l'article 10, il permet le recrutement de contractuels pour « *tous les emplois* » des communes de moins de 1.000 habitants (et non plus seulement pour les emplois de secrétaires de mairie), ainsi que pour les emplois à temps non complet dont la quotité de temps de travail est inférieure à 50 % de toutes les autres collectivités (et non plus seulement celles de moins de 1.000 habitants). De même, il élargit à la catégorie B la possibilité de recruter par contrat « *lorsque les besoins des services ou la nature des fonctions le justifient* », possibilité jusque-là cantonnée aux emplois relevant de la catégorie A.

Enfin, la typologie des contrats d'engagement s'est grandement enrichie. La possibilité pour les employeurs publics d'avoir recours à des contrats de droit privé restant encore résiduelle (hors service public industriel et commercial) et liée, pour l'essentiel, au fait que les contrats aidés sont, le plus souvent, des contrats de droit privé par détermination de la loi (26), c'est surtout la diversification des contrats de droit public qu'il faut ici évoquer.

En résumé, au commencement était le contrat à durée déterminée (CDD). En effet, contrairement au droit du travail, le principe, en droit de la fonction publique, est celui du recours au CDD : admettre qu'un agent puisse bénéficier d'un contrat à durée indéterminée (CDI), partant sa vocation à occuper un emploi de façon indéterminée, en particulier lorsqu'il s'agit d'un emploi permanent, pourrait apparaître en contradiction avec la vocation des fonctionnaires à occuper cette dernière catégorie d'emplois. Aussi, cela n'est qu'à partir de 2005 que le recours au CDI s'est fait une place, dans des cas très différents, souvent au

(20) À ces grandes familles d'hypothèses communes aux trois fonctions publiques, s'ajoutent ensuite des hypothèses spécifiques, propres à tel ou tel versant de la fonction publiques. V. par ex., dans la fonction publique territoriale, la possibilité de recruter par contrat des secrétaires de mairie dans les petites communes (art. 3-3 de la loi n° 84-53 préc.).

(21) V. F. Melleray, Vers un élargissement du recours au contrat dans la fonction publique, AJDA 2019.25 (« *On constate au final que les fonctionnaires représentent actuellement non pas plus de 80 % des effectifs, mais plus probablement entre 70 et 75 %* »).

(22) E. Aubin, La contractualisation et l'agent public, RFDA 2018.249.

(23) Pour un examen exhaustif des dispositions du projet de loi de transformation de la fonction publique relatives au recours au contrat, v. L. Derboulles, Quel statut pour le contrat au sein d'une fonction publique transformée ?, AJFP n° 4/2019, p. 190.

(24) Les dispositions concernées (les art. 111 à 113) avaient été censurés par le conseil constitutionnel, qui y avait vu des cavaliers législatifs. Voir Cons. const. 4 septembre 2018, n° 2018-769 DC.

(25) Jusqu'à présent, seuls sont concernés les emplois « *qui requièrent des qualifications professionnelles particulières indispensables à l'exercice de leurs missions spécifiques et non dévolues à des corps de fonctionnaires* ». Sur l'évolution du droit relative aux agents des établissements publics de l'État, v. M. Firoud, Établissements publics administratifs de l'État et dérogation à l'occupation des emplois permanents par des fonctionnaires : vers un nouveau modèle ?, AJFP n° 4/2019, p. 197.

(26) Une plus grande ouverture au recrutement par contrat de droit privé est cependant parfois préconisée. Cf. par ex. le rapport du Comité action publique 2022, *Service public. Se réinventer pour mieux servir*, juin 2018, p. 37.

nom de la lutte contre la précarité affectant les agents en CDD.

Ainsi, il est des hypothèses où l'employeur public est tenu de proposer un CDI de droit public à son agent. C'est, par exemple, le cas pour les agents bénéficiant déjà d'un CDI au sein d'une tierce entité, lorsque l'activité de celle-ci est reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif (27). C'est encore le cas lorsque l'employeur public entend poursuivre la relation de travail avec un agent dont le terme du CDD approche et qui a accompli une durée de services publics de six ans dans des fonctions relevant de la même catégorie hiérarchique. La poursuite de la relation de travail ne peut en effet, dans ce cas, que prendre la forme d'un CDI (28). Mais il est encore des hypothèses où l'employeur public peut (voire doit) procéder à des recrutements directs sous la forme de CDI. C'est le cas, dans la fonction publique de l'État, s'agissant de certains emplois permanents au sein d'établissements publics de l'État (29), mais encore des emplois impliquant un service à temps incomplet d'une durée n'excédant pas 70 % d'un service à temps complet (30), ou des emplois pour lesquels il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptible d'assurer les fonctions correspondantes (31). Le recrutement direct en CDI est plus classique encore dans la fonction publique hospitalière (32), sans être inconnu dans la fonction publique territoriale (33). Le projet de loi de trans-

formation de la fonction publique étend d'ailleurs le champ du recrutement direct en CDI, puisqu'il ouvre à l'État la possibilité de recruter en CDI dans l'ensemble des hypothèses de recrutement d'agents contractuels visant à l'occupation d'un emploi permanent (article 9).

Il poursuit, par ailleurs, la diversification des formes de contrat susceptibles d'être mobilisées dans la fonction publique, puisque l'article 8 du projet tend à introduire dans les trois versants de la fonction publique un nouveau type de contrat d'engagement, dit de « projet ». Il s'agit de permettre aux employeurs publics de recruter un agent « pour mener à bien un projet ou une opération spécifique », ceci par l'intermédiaire d'un CDD conclu dans la limite de six années et « dont l'échéance est la réalisation du projet ou de l'opération ».

Difficile de contester, par conséquent, le succès du contrat dans la fonction publique (34). Quoi que restant juridiquement de l'ordre de l'exception, le contrat peut porter sur tous types d'emplois (supérieurs, d'exécution, non permanents, permanents) et prendre des formes variées (privé/public, CDD/CDI...). Toute la question, en forme de « serpent de mer » de la littérature juridique en droit de la fonction publique, est alors de déterminer si ce succès en est véritablement un. Abruptement formulé, il s'agit de savoir si le contrat d'engagement de droit public mérite bien d'être qualifié de contrat.

II. « Moi non plus » : le contrat d'engagement de droit public, un vrai contrat de travail ?

Le plus simple est peut-être ici de partir de la définition que l'article 1101 du Code civil donne du contrat : « Le contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Le contrat d'engagement de droit public répond-il à cette

définition ? Assurément. Il y a bien accord de volontés et rencontre de consentements produisant des obligations réciproques qui n'existeraient pas sans cela, et qui visent à régir une relation de travail. Il y a donc bien contrat, et contrat de travail. Toute la difficulté tient à ce que, au-delà de la définition qui en est

(27) L'obligation de proposer un CDI de droit public concerne les cas où l'agent, employé par une personne publique, bénéficiait déjà d'un CDI de droit public (art. 14 ter de la loi n° 83-634 préc.), comme ceux où l'agent, employé par une personne privée, bénéficiait d'un CDI de droit privé (art. L.1224-3, C. trav.).

(28) Cette hypothèse trouve sa source dans les exigences communautaires, transposées par la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005. Traduisant cette obligation dans la fonction publique de l'État, v. not. l'art. 6 bis, al. 4 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 préc. De même, lorsqu'un agent atteint les six années d'ancienneté avant l'échéance de son contrat en cours, celui-ci est réputé être conclu à durée indéterminée. L'autorité d'emploi est alors tenue de lui adresser une proposition d'avenant confirmant cette nouvelle nature du contrat.

(29) Art. 3 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 préc. : « Les agents occupant ces emplois sont recrutés par contrat à durée indéterminée ».

(30) Art. 6 de la loi préc. : « Le contrat conclu en application du présent article peut l'être pour une durée indéterminée ».

(31) Art. 6 bis, al. 2 : « Le contrat pris en application du 1° de l'article 4 peut être conclu pour une durée indéterminée ».

(32) V. not. l'art. 9 de la loi n°86-33 préc.

(33) Par ex., reconnaissant la possibilité de recruter en CDI sur les emplois fonctionnels, CE, 30 septembre 2015, *Communauté d'agglomération Côte Basque Adour*, n°375.730, AJFP 2016.68, n ; L. Derboulles.

(34) Sans évoquer plus avant, d'ailleurs, la question de la négociation et de la place faite, peu à peu, aux accords collectifs, dont les conditions de validité sont posées à l'art. 8 bis du titre I du statut général des fonctionnaires.

donnée par le Code civil, le contrat charrie un certain nombre d'idées, comme autant d'implications, sinon du contrat lui-même, du moins de la liberté contractuelle qui lui est associée : l'idée selon laquelle les parties se choisissent librement, celle qui veut qu'elles définissent librement leurs obligations respectives, obligations auxquelles elles sont tenues et qu'elles ne peuvent modifier ou, *a fortiori*, auxquelles elles ne peuvent mettre un terme sans l'accord de l'autre partie. La question est donc moins de déterminer si le contrat d'engagement de droit public est un contrat que d'évaluer ce que ce contrat peut avoir de contractuel, notamment par comparaison avec son *alter ego* travailliste.

Les modalités de formation du contrat, qui renvoient à celles du recrutement des agents, peuvent fournir un premier élément de réponse à travers le rôle, limité, qu'y joue *l'intuitu personae*, et donc le libre choix du cocontractant. On notera simplement, sur ce terrain, que le recrutement des agents contractuels de droit public tend à être plus encadré que par le passé, ceci pour la bonne (et constitutionnelle) raison qu'il s'agit, comme pour les fonctionnaires, de garantir l'égalité admissibilité de tous aux emplois publics consacrée à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (35). Certes, l'article 32 du titre I du statut général des fonctionnaires prévoit seulement, pour l'heure, que « *Les agents contractuels sont recrutés après appréciation de leur capacité à exercer les fonctions à pourvoir* ». L'article 6 du projet de loi de transformation de la fonction publique le complète cependant. Il prévoit que, sauf exception, le recrutement d'agents contractuels sur des emplois permanents est « *prononcé à l'issue d'une procédure permettant de garantir l'égal accès aux emplois publics* », dans des conditions (à venir) fixées par décret en Conseil d'État (36).

Pour le reste, le seul caractère de droit public du contrat d'engagement suffit à en expliquer les singularités par rapport aux canons contractuels civilistes et même travaillistes. Pour les mêmes raisons que

celles qui ont finalement conduit à ne pas regarder les fonctionnaires comme des contractuels, il y a ainsi, en matière de contrat d'engagement de droit public, un attrait aussi puissant que constant de la logique statutaire. Celle-ci imprègne aussi bien la définition même des termes de la relation de travail que les modalités de son exécution.

A. La définition de la relation de travail

La présentation généralement faite du contrat suppose la capacité des parties à en discuter et à en définir le contenu. S'agissant des contrats d'engagement de droit public, cette capacité est directement obérée dès lors que, pour reprendre une formule utilisée par le Conseil d'État, « *les agents contractuels de l'État [sont] placés, vis-à-vis de leur administration, dans une situation légale et réglementaire* » (37).

Aussi, et sauf exceptions (38), la simple signature du contrat d'engagement de droit public conduit à ce que la relation de travail soit régie par un corpus de règles qui lui sont extérieures et qui sont unilatéralement fixées par les autorités de l'État. D'une part, le législateur, puisque l'article 32 de la loi du 13 juillet 1983, le titre I du statut général des fonctionnaires, rend applicable aux agents contractuels des pans entiers de cette loi, notamment le chapitre 2 sur les garanties ou le chapitre 4 sur les obligations et la déontologie. D'autre part, le Premier ministre, titulaire du pouvoir réglementaire ; à chacune des trois fonctions publiques correspond ainsi un décret définissant les termes de la relation « contractuelle » de travail, trois décrets dont le contenu est sensiblement proche, ce qui renforce encore le sentiment d'un statut homogène, sinon commun, des agents contractuels de droit public (39).

L'important, s'agissant de la question du caractère « véritablement contractuel » ou non du contrat d'engagement des agents publics, ne tient d'ailleurs pas à la précision croissante de dispositions législatives et réglementaires qui embrassent, au-delà de la forme du contrat ou des mentions qui doivent y

(35) « *Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

(36) Le projet de loi prévoit précisément : « *Un décret en Conseil d'État prévoit les modalités de cette procédure, qui peuvent être adaptées au regard du niveau hiérarchique, de la nature des fonctions ou de la taille de la collectivité territoriale ou de l'établissement public ainsi que la durée du contrat* ».

(37) CE, 19 novembre 2018, *Autorité de la concurrence*, n° 413.492, AJDA 2019.301, n. F. Melleray. Si elle ne vise expressément que les agents contractuels de l'État, la formule vaut aussi pour ceux qui relèvent des fonctions publiques territoriales et hospitalières.

(38) Ainsi des vacataires, qui n'entrent pas dans le champ des décrets « statutaires » régissant la relation de travail entre les agents contractuels de droit public et leurs employeurs.

(39) Décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État, pris pour l'application de l'article 7 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État ; décret n° 88-145 du 15 février 1988, pris pour l'application de l'art. 136 de la loi du 26 janvier 1984 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents contractuels de la fonction publique territoriale ; décret n° 91-155 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'art. 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

figurer, l'ensemble de la relation de travail (période d'essai, délai de prévenance avant le licenciement, conditions de celui-ci, congés, déontologie, obligations professionnelles, discipline, certificat de fin de contrat, etc.). L'essentiel n'est pas même le fait, pourtant significatif, que s'accumulent les ressemblances entre la situation des fonctionnaires et celle de tout ou partie des agents contractuels (participation par l'intermédiaire de commissions consultatives paritaires, obligation de reclassement de l'employeur...). Le point le plus remarquable tient plutôt à la fonction de ce statut légal et réglementaire, qui n'est pas de poser un cadre général de la relation de travail ou de prévoir des limites à la liberté contractuelle des parties, mais qui a directement vocation à régir la relation de travail en tant que telle.

C'est ce qui explique que le contrat d'engagement de droit public soit parfois présenté, pour reprendre une terminologie duguiste, comme un acte – condition, c'est-à-dire comme un acte dont la vocation n'est pas, en lui-même, de déterminer les modalités d'une relation juridique (les droits et les obligations de chacun), mais simplement d'acter l'existence d'une situation légale et réglementaire sur laquelle les parties au contrat n'ont pas de prise. Ainsi, on ne distingue pas vraiment, dans l'ensemble que forment les dispositions législatives et réglementaires applicables aux agents contractuels de droit publics, entre, d'une part, celles qui relèvent de l'ordre public et, d'autre part, celles qui n'en relèvent pas et auxquelles les parties pourraient déroger au nom de leur liberté contractuelle. Certes, il arrive que le juge administratif regarde comme illégale la stipulation d'un contrat en tant qu'elle méconnaît certaines « dispositions d'ordre public ». Néanmoins, comme le signifiait le rapporteur public E. Glaser au Conseil d'État dans ses conclusions sur l'arrêt *Cavallo* (40), « vous considérez que toutes les dispositions réglementaires s'imposent immédiatement aux contrats de fonction publique, ce qui rend vaine la référence aux prescriptions d'ordre public, qui n'aurait de sens que s'agissant d'un véritable contrat ».

Que reste-t-il alors aux parties dans la définition des termes de leur relation de travail ? Ce qu'il y a dans les « interstices » (41) de plus en plus étroits du corpus légal et réglementaire, dans ses rares silences

et dans la marge de liberté qu'il laisse parfois aux parties. Ainsi, sur le montant exact de la rémunération, pour la fixation de laquelle il faut prendre en compte « notamment, les fonctions occupées, la qualification requise pour leur exercice, la qualification détenue par l'agent ainsi que son expérience » (42), sur la date d'effet et la durée de la relation de travail, ou encore, cela va de soi, sur la nature du poste occupé. C'est maigre.

B. La relation de travail

Pourtant, c'est peut-être dans le cadre de l'exécution du contrat, c'est-à-dire dans la relation de travail elle-même, que l'on perçoit le mieux le caractère « public » du contrat d'engagement et ses conséquences. Ce contrat n'échappe pas, en effet, aux traits communs à la plupart des contrats administratifs, liés, pour l'essentiel, à l'exigence de l'adaptation aux contingences de l'intérêt général.

La modification du contrat et ses modalités en fournissent le meilleur exemple (43). Bien sûr, comme pour tout contrat, le contrat d'engagement de droit public peut être modifié sur la base d'un avenant et de l'accord des parties. C'est le cas, du moins, relativement aux quelques points sur lesquels les parties disposent d'une marge d'appréciation. L'éventualité d'un avenant peut encore être directement prévue par les textes légaux et réglementaires applicables. L'article 6 *bis* du titre II du statut général des fonctionnaires prévoit ainsi que, lorsqu'un agent atteint six ans d'exercice avant l'échéance de son dernier CDD, ce dernier est réputé être conclu à durée indéterminée, et que « l'autorité d'emploi lui adresse une proposition d'avenant confirmant cette nouvelle nature du contrat ».

Mais en dehors de ces hypothèses (qui ne sont pas négligeables en pratique – on pense à la rémunération, en particulier), l'employeur ou la puissance publique peuvent toujours modifier unilatéralement les termes de la relation de travail, dès lors que cela leur apparaît justifié par l'intérêt général ou celui du service. Plus précisément, on peut distinguer trois niveaux de modifications des termes de la relation de travail liant l'employeur à l'agent contractuel de droit public.

(40) E. Glaser, concl. Sur CE Sect., 31 décembre 2008, *Cavallo*, n° 283.256, RFDA 2009.89.

(41) E. Glaser, préc.

(42) Art. 1-3 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986, préc.

(43) Au-delà de la modification des termes de la relation de travail, voire du contrat lui-même, l'employeur a aussi la possibilité de résilier le contrat, et donc de licencier l'agent, avant le terme du contrat à durée déterminée ou pendant l'exécution du contrat à durée indéterminée, dès lors que cette décision repose sur un motif

d'intérêt général dont la teneur est cependant précisée par les textes réglementaires. L'art. 45 du décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels de l'État dresse ainsi la liste des motifs d'intérêt général susceptibles d'emporter le licenciement d'un agent contractuel : suppression du besoin ou de l'emploi qui a justifié le recrutement de l'agent, transformation du besoin ou de l'emploi qui a justifié le recrutement, lorsque l'adaptation de l'agent au nouveau besoin n'est pas possible ou recrutement d'un fonctionnaire lorsqu'il s'agit de pourvoir un emploi permanent.

Le premier renvoie aux prérogatives normatives du législateur et du titulaire du pouvoir réglementaire. Classiquement, nul n'a de droits acquis au maintien de la législation ou du règlement, de sorte que les modifications apportées aux dispositions législatives ou réglementaires relatives aux agents contractuels s'appliquent aux situations contractuelles en cours, ceci alors même qu'elles auraient, par exemple, un objet financier (évolution des conditions générales de la rémunération ou du régime indemnitaire des agents). Ces modifications, apportées à la relation de travail plutôt qu'au contrat, s'imposent d'ailleurs autant à l'agent qu'à l'employeur, auquel il arrive qu'elles soient « défavorables » (44).

Le second concerne la modification, par l'employeur, des conditions d'exercice des fonctions de l'agent, telles qu'elles peuvent être spécifiées ou annexées au contrat. Sauf à se mettre en faute, l'agent ne peut s'y opposer, dès lors que ladite modification est justifiée par l'intérêt du service.

La troisième a trait à la modification, toujours par l'employeur, des stipulations dites « substantielles » du contrat. L'employeur peut la proposer, l'agent peut la refuser ; si c'est le cas, il est licencié, avec droit à l'indemnité de licenciement. L'agent dispose ainsi d'une faculté d'opposition, mais son refus aura pour seule conséquence le prononcé d'un licenciement à la charge, mais pas aux torts, de l'employeur. Les trois décrets relatifs aux agents contractuels de droit public envisagent ces « éléments substantiels » de la même façon, sur la base d'une liste non exhaustive (« notamment ») incluant « la quotité de temps de travail de l'agent », « un changement de son lieu de travail (...) [ou] une modification des fonctions de l'agent ». Bien sûr, il faut que ces modifications soient justifiées par la « transformation du besoin ou de l'emploi qui a justifié le recrutement », donc par l'intérêt du service, ou encore, concernant la modification des fonctions, « sous réserve que celle-ci soit compatible avec la qualification professionnelle de l'agent ». En résumé, l'employeur est toujours légitime à prendre l'initiative d'une modification du contrat de travail au nom de l'intérêt du service. Pour le reste, les exigences qui lui sont imposées sont d'ordre procédural : lettre recommandée avec demande d'avis de réception, information faite à l'agent de ce qu'il dispose d'un mois pour faire connaître, le cas échéant, son acceptation, précisions quant aux conséquences de son silence (à défaut de réponse dans le délai d'un mois,

il est réputé avoir refusé la modification proposée). Quant à la rémunération, elle est présentée comme une « clause substantielle » par d'autres dispositions statutaires, en l'occurrence celles qui sont relatives à la reprise d'une activité confiée à une tierce entité par une personne publique (et à la reprise des salariés concernés). Cependant, on peut avoir du mal à voir en quoi la baisse de la rémunération (la hausse ne pose de problème) pourrait être justifiée, en soi, par l'intérêt du service, sauf à ce qu'elle s'adosse à une modification des fonctions impliquant, par exemple, une diminution des responsabilités confiées à l'agent (45)... ou à considérer que la situation financière, le cas échéant délicate, d'une collectivité puisse être regardée comme relevant de l'intérêt du service (46).

Le plus important, s'agissant des hypothèses d'évolution de la relation de travail, est sans doute, d'une part, la faible part qu'elles laissent à la volonté réciproque des parties, d'autre part, le fait que leur présentation, s'agissant des modifications résultant de la volonté de l'employeur, ne s'articule pas autour d'une césure entre le contractuel et le non-contractuel, mais entre les dispositions substantielles et celles qui ne le sont pas, distinction objective pour l'essentiel définie par les textes et, partant, indépendante de l'appréciation subjective de l'une et/ou de l'autre des parties.

Au terme de cette présentation, par laquelle nous sommes revenus sur le caractère bien peu contractuel des contrats d'engagement de droit public, on s'autorisera trois remarques.

La première est contentieuse. Elle tient à ce qu'il n'y a pas vraiment de contentieux contractuel de la fonction publique. En effet, le contentieux lié aux agents contractuels est d'abord un contentieux de l'excès de pouvoir, celui de la légalité de décisions unilatérales (absence de suite donnée à une promesse de conclure un contrat d'engagement, licenciement, refus de modifier les termes du contrat), et un contentieux de la responsabilité fort peu connecté à son soubassement contractuel. Le contrat lui-même est d'ailleurs souvent assimilé à un acte unilatéral, à un acte créateur de droits pour l'agent (47), dont les tiers peuvent demander l'annulation dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir « eu égard à la nature particulière des liens qui s'établissent entre une collectivité publique et ses agents non titulaires » (48).

(44) V. par ex. CE, 19 novembre 2018, *Autorité de la concurrence*, préc., à propos du raccourcissement de la durée maximale de la période d'essai pour les agents contractuels de l'État.

(45) On rappelle que la rémunération des agents contractuels est fixée en tenant compte, notamment, des fonctions occupées.

(46) C'est douteux au regard du droit généralement applicable aux contrats publics, en vertu duquel le co-contractant a droit à la bonne exécution financière du contrat qui le lie à l'administration.

(47) CE Sect., 31 décembre 2008, *Cavallo*, préc.

(48) CE Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, n° 149.662, Leb.

La seconde se rapporte aux interrogations soulevées par le présent colloque, qui porte sur « le contrat de travail » (au sens de « contrat de travail de droit privé ») et interroge son « acclimatation » à la fonction publique. À notre sens, il n'y a pas vraiment eu acclimatation du contrat de travail de droit privé dans le domaine de la fonction publique. Il y a eu plutôt construction d'un autre type de contrat de travail, où la part la plus classique de l'idée contractuelle (la libre négociation, le caractère obligatoire...) se réduit à sa plus petite expression. De sorte qu'il n'y a pas un, mais des modèles de contrat de travail.

La troisième renvoie au fait, maintes fois souligné, que si le contrat de travail de droit privé n'a pas été « acclimaté » aux relations de travail nées de l'activité administrative, le droit du travail, le droit du Code de travail a, lui, influencé et influence encore le droit applicable aux agents publics contractuels (comme aux fonctionnaires, au demeurant). La jurisprudence joue encore un rôle important dans cette « travailli-

sation », à travers la technique des principes généraux du droit « dont s'inspirent le Code du travail » (49). Le législateur y prend lui aussi sa part. Nous en prendrons un exemple, tiré là encore du projet de loi sur la transformation de la fonction publique et qui résonne avec la question contractuelle : l'article 26 du projet tend à introduire dans les trois fonctions publiques, s'agissant des agents en contrat à durée indéterminée, un mécanisme de la rupture conventionnelle inspiré du Code du travail. Il prévoit que « *L'administration et l'agent contractuel peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat à durée indéterminée qui les lie* ». Faut-il y voir une avancée du « contractuel » dans les contrats d'engagement de droit public ? Avancée, peut-être, mais clarification des catégories, sans doute pas : à titre expérimental, la rupture conventionnelle serait aussi ouverte pour les fonctionnaires de l'État.

Sylvain Niquège

A Bordeaux, le 21 juin 2019

(49) À titre d'exemple, à propos de l'obligation de reclassement des agents contractuels dont l'emploi est supprimé, CE Avis Sect., 25 septembre 2013, *Sadlon*, JCP A 2013, n° 50, p. 40, n. S. Niquège, F. Tesson.