

Perturbations dans les droits contractuel et statutaire de la fonction publique en Europe

par Antony TAILLEFAIT, agrégé des Facultés de droit, professeur-docteur en droit public à l'Université d'Angers (France),

doyen honoraire de la Faculté de droit

L'Allemagne compte 60 agents de l'Administration pour 1 000 habitants ; le Royaume-Uni 80 et la France 90. Autant dire qu'aucun État européen n'est suradministré. Le particularisme des fonctions publiques, ce n'est pas douteux, tient davantage au nombre d'agents placés dans une situation légale et réglementaire, statutaire. Depuis les années quatre-vingt-dix, tous ces États, avec plus ou moins d'intensité et de célérité, se sont engagés dans la célébration juridique de l'ingénierie contractuelle de leur fonction publique. Ce changement de configuration a des effets d'onde sur la fonction publique elle-même et sur ses représentations symboliques dont on ne mesure qu'imparfaitement les conséquences. Partant les perturbations de la lecture statutaire du droit de la fonction publique sont nombreuses. Le tropisme contractuel contemporain perturbe la lecture statutaire du droit de la fonction publique. Cependant on ne peut répudier que le droit statutaire de la fonction publique a perturbé et perturbe les signes les plus courants de l'identification contractuelle. En Europe, ces perturbations communes des conceptions de la fonction publique font-elle apparaître quelques linéaments d'un droit transnational de la fonction publique ?

1. Perturbation du droit statutaire de la fonction publique par le tropisme contractuel contemporain

Actuellement, dans les États dotés d'une fonction publique statutaire, en raison de la fortune des idées néolibérales, les pouvoirs publics sont moins à la recherche d'une gestion contractuelle du personnel de l'Administration que d'un évitement statutaire.

Ils multiplient les exceptions au principe de l'occupation des emplois publics permanents par des fonctionnaires statutaires en autorisant le recours à des agents contractuels de droit public ou de droit privé, en diversifiant les formes et les durées des contrats de recrutement.

Le contrat de droit public dans la fonction publique a été considéré comme une catégorie particulière de contrats publics échappant aux grands principes organisant les règles des contrats publics, tels les contrats de la commande publique. Toutefois, les Administrations publiques cherchent une « fluidification privé-public », des va-et-vient entre les secteurs public et privé. Elles encouragent la venue de personnels d'encadrement des entreprises recrutés par contrat de droit public. Précisément, pour l'occupation des emplois de direction dans l'Administration, elles mettent souvent en concurrence les fonctionnaires en poste avec les salariés des entreprises. Cette intention se heurte à une valeur de la fonction publique : l'égalité d'accès aux emplois publics. Afin de conjurer le soupçon de favoritisme, des droits de la fonction publique construisent un droit de la mise en concurrence au sein de la fonction publique semblant ainsi s'inscrire dans le mouvement général de transparence des contrats publics ; au point qu'on peut déceler ici où là une fonction « Achat RH » dans les Administrations publiques.

Une conséquence de ce remodelage du droit de la fonction publique opéré par la contractualisation est de faire entrer le statut lui-même dans l'orbite contractuel. Le fonctionnaire peut souvent renoncer à l'application de dispositions statutaires le concernant par voie de transaction ou encore par la mise en œuvre d'un régime de rupture conventionnelle du statut. Il y a d'autres voies de dégagement du statut.

2. Perturbation de l'identification contractuelle par le droit statutaire de la fonction publique

Dans les fonctions publiques accordant peu ou pas de place à une conception statutaire de la fonction publique, la catégorie des contrats de recrutement d'agent public peut se révéler une catégorie déconcertante pour peu que l'on se remémore la fonction anthropologique du contrat dans le droit. Ce travail de mémoire explique pourquoi le contrat d'emploi d'agent public n'a jamais été un vrai accord de volonté générateur d'obligations réciproques. Le contrat est une catégorie de la pensée juridique tandis qu'il est en science politique ou en sciences de gestion un objet socialement construits situés au sein de beaucoup d'autres. En droit « *la liberté contractuelle*, écrit Alain Supiot¹, professeur de droit au Collège de France, *n'est pas concevable sans une foi partagée dans un Tiers garant des conventions.* » Autrement dit, un contrat n'a d'existence que placé sous la protection d'un Tiers garant auquel chacun se conforme parce qu'il assure et rassure le respect de la parole donnée. Aujourd'hui et pour le moment, ce garant des pactes est l'État avant

¹ A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, (1944) éd. « Points » Seuil, 2005, p. 157
vendredi 6 mars 2020

tout. Les contrats publics sont des accords spécifiques dans la mesure où l'État est à la fois contractant et garant. Il aura tendance à éviter la relation contractuelle de ses stipulations pour préférer loger ses droits et obligations dans l'édition d'actes administratifs unilatéraux. On ne sera donc pas étonné que le contrat de recrutement dans la fonction publique, qu'il soit public ou privé, reste attiré dans l'orbite statutaire et qu'il frise parfois la fausse identité juridique.

3. Un effet des perturbations : l'apparition de linéaments d'un droit transnational de la fonction publique ?

La chose est bien connue, les systèmes nationaux européens de fonction publique se sont influencés mutuellement. En 1946 par exemple, la France a puisé certaines de ses solutions juridiques dans le *Civil service* britannique pour régler la condition de ses hauts fonctionnaires. Par la suite en 1964, l'Espagne, dont le système de fonction publique est très inspiré de celui de la France, a introduit des ingrédients de la conception anglaise pour régler les rapports entre la haute fonction publique et le pouvoir politique.

L'influence devient une diffusion avec le schéma contractuel qui est désormais celui de toutes les fonctions publiques de l'Europe. Il n'emporte pas nécessairement des interactions administratives. Ces réflexions nous engagent dans l'exploration d'une zone blanche en droit de la fonction publique, celle de la transnationalité. Peut-être cette idée pourrait-elle constituer un concept opératoire d'un nouveau type de savoirs sur la fonction publique en Europe.