

Lexbase Hebdo édition publique n°239 du 22 mars 2012

[Fonction publique] Textes

Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 : dispositions relatives à l'encadrement renforcé du recours aux agents contractuels et la recherche accrue d'égalité professionnelle hommes-femmes

N° Lexbase: N0958BTN



par *Christelle Mazza, avocat au barreau de Paris*

Réf.: Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 (N° Lexbase : L3774ISL)

Ayant étudié les dispositions relatives à la lutte contre la précarité dans la fonction publique contenues dans la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 dans une première partie au prisme, notamment, de l'accès à l'emploi durable des agents contractuels (lire N° Lexbase : N0956BTL), nous vous proposons, dans une seconde partie, de découvrir ses dispositions relatives à l'encadrement renforcé du recours aux agents contractuels et à la recherche accrue d'égalité professionnelle hommes-femmes au sein de la fonction publique.

I — Un encadrement renforcé du recours aux agents contractuels

Les dispositions du titre II de la loi distinguent, une fois encore, les spécificités de chacune des trois fonctions publiques au regard du recours aux agents contractuels. Une étude par corps est cette fois nécessaire, au regard, notamment, des dispositions nouvelles concernant la fonction publique d'Etat et la volonté d'en faire un corps d'expérimentation par la possibilité de recruter à tous niveaux et sur tous les postes, des agents contractuels, générant, ainsi, une mutation profonde de la notion de fonction publique.

A — La fonction publique d'Etat, une fonction publique expérimentale

Le protocole d'accord du 31 mars 2012 a rappelé dans son préambule que, si le principe fondamental du statut général de la fonction publique consistant à affecter des fonctionnaires sur des emplois permanents devait prévaloir, ce principe ne devait pas être source de précarité. Le protocole posait la délicate équation du maintien de la

spécificité statutaire de la fonction publique au regard des nouveaux besoins de souplesse et de flexibilité posés par la nature contractuelle du lien de travail. Ainsi, l'article 36 de la loi du 12 mars 2012 est venu déroger à ce grand principe en instaurant, à titre expérimental, une période de quatre ans durant laquelle un agent contractuel peut être nommé sur un poste pour lequel il n'existe pas de corps de fonctionnaires susceptible d'assurer les fonctions correspondantes par un contrat à durée indéterminée. Six mois avant l'issue de cette période, le Gouvernement devra remettre un rapport d'évaluation au Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat.

La fonction publique territoriale prévoyait, depuis l'origine, la possibilité pour des agents contractuels d'occuper des postes permanents de la fonction publique pour exercer des fonctions nécessitant des connaissances techniques hautement spécialisées selon une liste de postes fixée par décret en Conseil d'Etat. Elle est cette fois étendue à la fonction publique d'Etat sans distinction de compétence professionnelle ou de profil pour des postes pour lesquels il n'existe pas, en pratique, de corps correspondant. Cette disposition, si elle se veut concrète, représente un bouleversement de la conception du statut de fonctionnaire. Ainsi, les agents contractuels, par leur expérience tirée du secteur privé par exemple, pourront enrichir les rangs de la fonction publique de façon pérenne, voire être titularisés au bout d'un certain nombre d'années de service sur des postes pour lesquels il n'y a pas de corps.

La loi introduit donc un mécanisme plus souple d'intégration sur le long terme d'un agent qui pourra parfaitement prendre un poste pour ses capacités professionnelles et sur profil et, ainsi, intégrer la fonction publique par la voie des nouveaux mécanismes de titularisation. Si l'expérience aboutit favorablement, il existera non seulement une nouvelle voie valorisant l'expérience acquise sur un poste pour être titularisé dans la fonction publique d'Etat, mais, également, la possibilité de transformer les services par l'intégration de nouveaux métiers.

Cette disposition entraîne une réflexion idéologique voire politique sur la définition de la fonction publique, dès lors que la fonction publique d'Etat prévoit des dispositions propres au secteur privé du travail et se transforme *via* l'intégration d'agents extérieurs et non par la norme. Ainsi, la primauté est acquise aux fonctionnaires sur les postes permanents, en revanche, il pourra être fait appel à des compétences extérieures pour les nouveaux métiers, et ce, directement par CDI, afin d'assurer une pérennité dans l'intégration des dites compétences.

La loi du 12 mars 2012 encadre, par ailleurs, le recours au contrat à durée déterminée dans la fonction publique d'Etat afin d'éviter les reconductions multiples, poursuivant le virage amorcé par la loi du 26 juillet 2005. Il n'est plus fait de distinction entre le besoin permanent ou occasionnel, la loi du 12 mars 2012 renvoyant aux articles 4 et 6 de la loi du 11 janvier 1984. Ce changement de terminologie cache, en fait, la possibilité pour les administrations et assimilées d'avoir un recours, certes plus encadré, mais aussi plus automatique aux agents contractuels.

Ainsi, et sans distinction aucune du motif lié à l'utilisation du contrat à durée déterminée, l'article 37 de la loi du 12 mars 2012, qui vient créer de nouvelles dispositions dans la loi statutaire de la fonction publique d'Etat, prévoit que ces contrats sont d'une durée maximum de trois ans et ne peuvent être renouvelés que par reconduction expresse, pour une durée maximale de six ans. Au-delà, le contrat devra être à durée indéterminée, sous réserve de continuité de service auprès du même employeur. Cette fois, la notion de transfert n'est pas précisée, ce qui implique par déduction la notion de stabilité au même poste pour pouvoir bénéficier du contrat à durée indéterminée.

En outre, il est prévu que le remplacement de fonctionnaires sur des postes à caractère permanent devra être assuré par d'autres fonctionnaires. Ce principe vient tempérer la nouvelle disposition précédemment étudiée à titre expérimental. Néanmoins, la loi a pris soin de préciser qu'il ne sera fait appel à d'autres fonctionnaires que dans la mesure où le remplacement correspond à un besoin prévisible et constant. Au regard des enjeux au sein de la fonction publique d'Etat, il est fort probable que cette définition du besoin ouvre un large champ d'interprétation au juge administratif. Cette rédaction est d'autant plus curieuse que le même article décrit très précisément le remplacement momentané d'un fonctionnaire ou, cette fois le terme est associé, d'un agent contractuel. La durée du contrat ne pourra pas excéder la durée de l'absence de l'agent à remplacer. Il s'agit surtout des congés maladie, maternité, adoption ou de tout congé régulièrement octroyé. Par ailleurs, l'administration pourra faire appel à un agent contractuel pour faire face à une vacance temporaire d'emploi dans l'attente du recrutement d'un fonctionnaire, *"pour les besoins de la continuité de service"*.

Pour le recrutement en cas d'accroissement temporaire ou saisonnier, traditionnellement ouvert aux agents contractuels, il n'est possible de recourir à ces derniers qu'en cas d'impossibilité pour les fonctionnaires d'assurer cette charge. La loi renvoie à un décret pour fixer la durée maximale de ces contrats. Sur ce point, la loi favorise la mobilité interne des fonctionnaires afin d'éviter de recourir à des agents contractuels sans réflexion globale sur l'intégration du personnel, sur fond d'économies budgétaires, dans une période où l'on ne souhaite pas remplacer un fonctionnaire sur deux partant à la retraite. Elle semble, néanmoins, constituer le miroir de la disposition expérimentale contraire des postes permanents réservés statutairement aux fonctionnaires, des agents contractuels pouvant eux être embauchés en CDI.

Enfin, une disposition protectrice vise à faire perdurer les dispositions contractuelles d'un agent transféré d'autorité ou de compétence entre deux autorités publiques, et ce, afin de conférer pleine force au contrat. Cette disposition vise, notamment, un agent titulaire d'un CDI qui ne pourra pas voir son contrat requalifié en cas de transfert. Néanmoins, en cas de refus d'accepter le nouveau contrat, l'agent pourra être licencié. Ainsi, la loi rappelle le caractère exorbitant sous certains aspects du contrat qui lie un employé à une administration.

B — Les contrats à durée déterminée dans la fonction publique territoriale : une protection accrue dans un contexte de décentralisation

Les modifications du statut de l'agent contractuel dans la fonction publique illustrent la volonté du législateur d'accorder la primauté à la décentralisation concertée sur l'autorité territoriale et la négociation sur les mesures unilatérales considérées parfois comme exorbitantes. L'article 3 de la loi du 26 janvier 1984, qui prévoit le recours aux agents contractuels dans la fonction publique territoriale, est renforcé par la loi du 12 mars 2012, notamment du fait d'une nouvelle rédaction simplifiée qui subdivise en six sous-articles ce principe.

Ainsi, le nouvel article 3, dans sa globalité, ne distingue plus les motifs de recours au contrat sur la notion de remplacement du fait d'un congé régulièrement accordé ou d'un besoin saisonnier ni sur la notion de saisonnier ou occasionnel, mais sur la distinction entre l'accroissement temporaire ou saisonnier d'activité. L'accent est, ainsi, porté non sur la nature même du poste à pourvoir, mais sur la notion d'activité économique. Dans le cas d'un accroissement temporaire d'activité, la collectivité pourra recruter un agent contractuel pour une durée de douze mois qui ne pourra pas excéder dix-huit mois au total en cas de renouvellement. Dans le cas d'un accroissement saisonnier d'activité, le contrat sera conclu pour six mois et ne pourra pas excéder douze mois consécutifs.

Sont, ensuite, créés les articles 3-1 à 3-5. L'article 3-1 prévoit que les emplois permanents ne peuvent être occupés par des agents contractuels que pour assurer un remplacement temporaire ou un congé régulièrement accordé, pour la seule durée de l'absence du fonctionnaire (ou agent contractuel sur les postes non permanents) à remplacer. La fonction publique territoriale prévoit, ensuite, la même exception que pour la fonction publique d'Etat concernant la vacance temporaire d'emploi dans l'attente du recrutement d'un fonctionnaire, pour les besoins de continuité du service et ce pour une durée d'un an maximum, reconductible un an (art. 3-2).

L'article 3-3 reprend l'esprit du législateur de 1984 sur la possibilité de recourir à des agents contractuels à forte qualification sur les postes permanents, notamment en l'absence de compétence interne au sein des titulaires, mais a élargi le champ aux emplois de secrétaire de mairie des communes de moins de 1 000 habitants ou aux emplois à temps partiel. Ces contrats sont d'une durée maximale de trois ans renouvelable une fois. Ils ouvrent droit au-delà à un contrat à durée indéterminée.

La fonction publique territoriale voit, néanmoins, le champ de titularisation des agents contractuels sur les emplois permanents élargi de façon nettement moins restrictive que dans la fonction publique d'Etat. Ainsi, et selon les nouvelles dispositions de l'article 3-4 de la loi statutaire, si un agent contractuel recruté sur un poste permanent est inscrit sur une liste d'aptitude, il sera nommé en qualité de stagiaire fonctionnaire au plus tard au terme de son contrat. Cette reconnaissance de la compétence professionnelle s'apparente aux nouvelles dispositions de recrutement des titulaires, introduite par la loi du 12 mars 2012 au regard de la haute technicité requise pour certains postes.

A défaut d'inscription sur une liste d'aptitude, l'agent pourra, toutefois, bénéficier d'un contrat à durée indéterminée sur emploi permanent à l'issue d'une durée de 6 ans de son contrat, s'il est une nouvelle fois reconduit. En cas de transfert entre collectivités et si l'agent est sous contrat à durée indéterminée, la nouvelle collectivité ne pourra lui proposer qu'un contrat de même type.

Un nouvel article 100-1 de la loi du 26 janvier 1984 vient protéger le statut des collaborateurs de groupe élu, au regard de la fonction politique que ces agents occupent. Comme évoqué précédemment, si ceux-ci ne peuvent jamais prétendre à la titularisation quelle que soit leur durée de service, ils ne peuvent être engagés que pour un contrat d'une durée de trois ans minimum, renouvelable dans la limite du terme du mandat électoral de l'assemblée délibérante de la collectivité concernée. Tout nouveau renouvellement ne pourra se faire que par un contrat à durée indéterminée. Le critère des dix-huit mois a donc été abandonné.

Des organismes de contrôle et de gestion des agents contractuels sont, par ailleurs, créés ou étendus à leur statut. Le centre de gestion devient compétent pour assurer la publication des postes vacants sur information de l'autorité territoriale, à l'exception des emplois susceptibles d'être pourvus exclusivement par voie d'avancement de grade. La vacance d'emploi doit préciser le motif et comporter une description du poste à pourvoir. Ainsi, l'exigence de motivation et de justification des postes à pourvoir est renforcée afin d'embaucher des agents pour des postes précis, dans un contexte économique de la collectivité bien précis.

Enfin, des commissions administratives paritaires sont créées pour connaître, au même titre que pour les titulaires, des questions individuelles les concernant en matière de mutation interne, sanction ou licenciement. Une nouvelle garantie procédurale de protection de la carrière est instituée au profit des agents contractuels, ce qui ne peut qu'être accueilli très favorablement en ce que cela réduit considérablement la précarité et l'appréciation d'opportunité voire politique attachée au sort de certains postes par la collectivité employeur.

C — Le contrat dans la fonction publique hospitalière : une clarification du statut

Dans le cadre de la fonction publique hospitalière, le législateur distingue entre les emplois permanents, les emplois destinés à remplacer momentanément un fonctionnaire ou un agent contractuel et la vacance temporaire d'emploi. Aucune référence à l'activité économique n'est opérée permettant de justifier le recours au contrat, ce qui est certainement lié à la nature particulière du service public de la santé. Pour ce qui concerne les postes permanents, la notion de compétence prévaut, au même titre que pour la fonction publique territoriale. Ainsi, un agent contractuel peut être embauché lorsque la nature des fonctions ou les besoins du service le justifient, notamment en l'absence de fonctionnaire susceptible d'assurer ces fonctions, ou en cas de besoin de compétences techniques hautement spécialisées.

La loi du 12 mars 2012 a surtout procédé à un travail de réécriture et de clarification des dispositions déjà existantes. La durée du contrat à durée déterminée reste de trois ans renouvelable une fois par décision expresse au même titre que pour les deux autres corps avec une durée maximum de six ans. Au-delà, l'agent contractuel se verra proposer un contrat à durée indéterminée.

La nouveauté concerne la possibilité de se voir proposer un contrat à durée indéterminée pour tout agent justifiant de six années de services sur un poste relevant de la même catégorie hiérarchique, sans qu'il y ait eu continuité d'employeur, ce qui n'est pas le cas dans la fonction publique territoriale. Cette disposition a surtout été voulue pour pérenniser le statut des postes de catégorie C très présents dans la fonction publique hospitalière, et dont la précarité a souvent été décriée. Pour les autres cas de recours au contrat, la loi du 12 mars 2012 prévoit le remplacement pour congé régulier le temps de la durée de l'absence de l'agent à remplacer, sans, toutefois, qu'une durée minimal ou maximale dans le temps ne soit indiquée.

Enfin, et pour le cas de la vacance temporaire d'emploi pour les besoins de continuité du service, les dispositions sont identiques à celles des deux autres corps : le contrat ne peut être conclu que pour un an, reconductible une fois uniquement en cas d'échec du recrutement du fonctionnaire. La loi a prévu pour chaque corps un encadrement strict du recours au contrat. Une disposition commune renvoie à la publication de décrets pour prévoir les motifs de licenciement, les obligations de reclassement et les règles de procédure applicables en fin de contrat. Ces décrets permettront de compléter utilement le nouveau statut des agents contractuels dont le lien est renforcé avec l'employeur au regard de la durée et de l'opportunité de ces contrats, ainsi que des mécanismes de protection en cas d'éviction ou de non-renouvellement.

II — Egalité professionnelle et lutte contre les discriminations : la révolution

La grande innovation de la loi du 12 mars 2012 concerne la recherche accrue d'égalité professionnelle hommes-femmes au sein de la fonction publique. Dans le sillage de la loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011, relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance et à l'égalité professionnelle (N° [Lexbase : L2793IP7](#)), qui impose un quota de 40 % de femmes dans les conseils d'administration des sociétés cotées en six ans, la fonction publique a vécu une véritable révolution en instaurant, elle aussi, avec la loi du 12 mars 2012, des quotas par sexe.

L'instauration d'un quota de femmes dans la fonction publique concerne les organes décisionnels des établissements publics, les membres du Conseil commun de la fonction publique et des conseils supérieurs des trois fonctions publiques, les membres des jurys et comités de sélection pour le recrutement et la promotion des fonctionnaires, et, enfin, la nomination dans les emplois supérieurs. Pour les conseils d'administration, conseils de surveillance ou organes équivalents des établissements publics, la proportion de personnalités qualifiées de chaque sexe ne peut être inférieure à 40 %. Cette proportion doit être atteinte à compter du deuxième renouvellement des organes et ne peut être, en tous cas, inférieure à 20 % dès le premier renouvellement. En cas de non respect des quotas légaux, les nominations des membres seront nulles (à l'exception de celles du sexe sous-représenté) sans entraîner, pour autant, la nullité des délibérations et des décisions des organes irrégulièrement composés. Même si un décret viendra préciser les conditions d'application de ces dispositions, le principe est, désormais, inscrit de façon solennelle dans la loi du 12 mars 2012.

La même proportion de 40 % est imposée dans la composition des conseils de la fonction publique, à compter du prochain renouvellement des membres. Au 31 décembre 2013, le quota s'appliquera, également, aux commissions

administratives paritaires, et à compter du 1er janvier 2015 dans les jurys et comités de sélection pour le recrutement ou la promotion des fonctionnaires, sauf dérogations liées aux contraintes de recrutement ou des besoins propres de certains corps ou cadres.

Enfin, un quota progressif est instauré pour les nominations dans les emplois supérieurs de la fonction publique à compter du 1er janvier 2013. Ainsi, la proportion de chaque sexe doit être de 20 % en 2013 et 2014, à 30 % pour celles prononcées de 2015 à 2017, et 40 % au-delà. Le respect de cette obligation est apprécié au terme de chaque année civile. En cas de manquement, une contribution égale au montant d'unités manquantes multiplié par un montant unitaire qui sera fixé par décret en Conseil d'Etat devra être versée.

La loi du 12 mars 2012 renforce, par ailleurs, les dispositions du statut général de la fonction publique en prévoyant la remise d'un rapport annuel par le Gouvernement au Conseil commun de la fonction publique sur les mesures mises en œuvre pour assurer l'égalité professionnelle entre hommes et femmes. Ce rapport prendra, notamment, en compte certaines données relatives à la féminisation des jurys et à l'articulation entre l'activité professionnelle et la vie personnelle. Un rapport de même type sera remis chaque année devant les comités techniques des trois fonctions publiques. Enfin, le congé parental est renforcé et mieux encadré, avec la volonté de préserver la stabilité de l'emploi de l'agent qui fera le choix de suspendre ses fonctions le temps d'élever ses enfants.

La loi du 12 mars 2012 a été votée selon une procédure accélérée, après plusieurs mois de négociation sociale, dans le cadre d'une grande réforme de la fonction publique. Les nouvelles dispositions portent l'accent non seulement sur le statut des agents non titulaires désormais désignés en tant qu'agents contractuels, mais concerne aussi une multitude de dispositions éparses contribuant à la mutation progressive de la fonction publique. Les dispositions sur la lutte contre la discrimination des sexes dans la fonction publique suivent de près les évolutions déjà effectuées en droit du travail, de même la protection renforcée du statut des contractuels. L'accent est mis sur la notion de contrat et la relation à l'employeur est envisagée avec plus de souplesse.

Néanmoins, ce renforcement du lien contractuel dans la fonction publique n'entraîne pas pour autant une renonciation au concept statutaire. D'une part, parce que les dispositions nouvelles prévoient une méthode plus souple et opérationnelle de titularisation, d'autre part, parce que le statut du fonctionnaire n'est pas menacé ni modifié du fait de ces dispositions. D'autres dispositions apportent une modernité non contestable à l'organisation interne de la fonction publique et, notamment, les comités de gestion, le droit syndical ou le télétravail.

Dès la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010, portant réforme des retraites (N° Lexbase : L3048IN9), des dispositions concernant les agents contractuels avaient été adoptées afin d'aligner leur statut sur celui des titulaires, notamment en leur rendant applicables les dispositifs de maintien en activité ou de recul de limite d'âge pour charges de famille ou carrière incomplète. Avec la loi du 12 mars 2012, les grandes réformes annoncées dès 2007 ont franchi une nouvelle étape, dans un souci de dialogue social et de concertation afin de moderniser l'Etat et les modes de recrutement et de valorisation de son personnel, dans toute sa diversité.

A noter, enfin, que la loi du 12 mars 2012 a de nouveau autorisé le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnance à l'adoption de la partie législative du Code général de la fonction publique dans un délai de neuf mois ce qui, au regard des dernières grandes réformes intervenues ces cinq dernières années permettrait de remplir les objectifs assignés et d'adapter les renvois aux textes d'application et de faciliter la compréhension globale d'un corps de textes devenu significatif.