ASSEMBLÉE NATIONALE

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
LIBERTÉ - ÉGALITÉ - FRATERNITÉ

Paris, le 24 JUIL. 2019

Monsieur Laurent FABIUS
Président
Conseil Constitutionnel
2, rue Montpensier
75001 PARIS

Monsieur le Président,

Conformément au second alinéa de l'article 61 de la Constitution, nous avons l'honneur de déférer au Conseil Constitutionnel le projet de loi de transformation de la fonction publique.

A cet effet, vous voudrez bien trouver, ci-joint, la liste des signataires de ce recours ainsi qu'un mémoire développant les motifs de la saisine.

Nous vous prions de croire, Monsieur le Président, à l'assurance de notre haute considération.

Valérie RABAULT
Présidente du groupe
Socialistes et apparentés

Jean-Luc MELENCHON
Président du groupe
La France Insoumise

André CHASSAIGNE
Président du groupe de la
Gauche Démocratique et
Républicaine

126, rue de l'Université – 75 355 PARIS 07 – SP – Téléphone : 01 40 63 60 00

RECOURS DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL SUR
- LE PROJET DE LOI DE TRANSFORMATION DE LA FONCTION PUBLIQUE

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel, nous avons l'honneur de vous déférer, en application du second alinéa de l'article 61 de la Constitution, l'ensemble du projet de loi de transformation de la fonction publique.

Les députées et députés, auteur.e.s de la présente saisine, estiment que cette loi est manifestement contraire à plusieurs principes à valeur constitutionnelle puisqu'elle méconnaît notamment le principe de participation consacré par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946, le principe d'égalité devant la loi pour l'accès aux emplois publics consacré par l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen, le droit de grève proclamé par l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946 et le Principe fondamental reconnu par les lois de la République d'indépendance des professeurs d'Université.

Sur la méconnaissance du principe de participation

Le principe de participation des fonctionnaires est inscrit au huitième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui proclame que « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises*[1] ».

Comme le rappelle l'étude d'impact du projet de loi de transformation de la fonction publique, « *en vertu de ce principe, les agents publics participent à la gestion et au fonctionnement de l'administration*[2] ».

La valeur constitutionnelle de ce principe de participation est consacrée par le Conseil constitutionnel dans deux décisions rendues en juillet 1977 : la décision n° 77-79 DC du 5 juillet 1977[3] et la décision n° 77-83 DC du 20 juillet 1977[4].

Ce principe de participation a enfin été précisé dans ses implications juridiques par la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, au premier alinéa de son article 9 qui dispose que « *les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs délégués siégeant dans des organismes consultatifs à l'organisation et au fonctionnement des*

---

1 https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/preambule-de-la-constitution-du-27-octobre-1946

2 http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/projets/pl1802-ei.pdf (page 14)

3 https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1977/7779DC.htm

4 https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1977/7783DC.htm

services publics, à l'élaboration des règles statutaires et à l'examen des décisions individuelles relatives à leur carrière[5] ».

En l'état actuel du droit, cette participation se traduit concrètement par la présence de représentants du personnel siégeant aux côtés des représentants de l'administration au sein d'organismes consultatifs chargés de connaître les différents aspects de la vie professionnelle des fonctionnaires. Ces organismes consultatifs sont les instances supérieures de la fonction publique, à savoir le Conseil commun de la fonction publique (CCFP), le Conseil supérieur de la fonction publique d'État (CSFPE), le Conseil supérieur de la fonction publique territoriale (CSFPT) et le Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière (CSFPH), les comités techniques (CT), les commissions administratives paritaires (CAP) et les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

Le CCFP est l'instance supérieure du dialogue social dans la fonction publique, compétente pour les trois versants de la fonction publique et qui intervient pour toute question d'ordre général commune à plusieurs fonctions publiques. Il est saisi pour avis sur tout texte modifiant ou dérogeant à la loi du 13 juillet 1983, lorsqu'au moins deux versants sont concernés.

Le CSFPE, le CSFPT et le CSFPH sont les trois instances supérieures du dialogue social dans chaque versant. Ils sont consultés sur toutes questions d'ordre général relatives au versant concerné et sur les projets de textes ou de rapport qui intéressent la situation des agents des versants concernés. Ils sont également les organes supérieurs de recours en matière disciplinaire pour chaque versant.

Le CT est une instance de concertation chargée de donner son avis sur les questions et projets de textes relatifs à l'organisation et au fonctionnement des services, les questions relatives aux effectifs, aux emplois et aux compétences et sur les projets de statuts particuliers. Il examine notamment les questions relatives aux effectifs, aux emplois et aux compétences, aux règles statutaires, aux méthodes de travail, aux grandes orientations en matière de politique indemnitaire, à la formation, à l'insertion professionnelle, à l'égalité professionnelle et à la lutte contre les discriminations.

La CAP est l'instance de représentation des personnels titulaires de la fonction publique. Elle traite des sujets relatifs aux carrières individuelles. Elle est obligatoirement saisie pour donner un avis sur les actes ayant un impact sur la gestion du corps de l'agent (détachement entrant, accueil en disponibilité), et sur la carrière de chaque agent de ce corps (titularisation, avancement de grade ou promotion de corps, recours en évaluation sauf personnel pénitentiaire en raison du statut spécial).

Enfin, le CHSCT est l'instance de concertation chargée de contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des agents dans leur travail. Il a pour mission de participer à l'amélioration des conditions de travail et de veiller à la mise en œuvre, par le chef de service ou d'établissement, des prescriptions du code du travail relatives à la santé et la sécurité

[5] https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000504704#LEGIARTI000006366498

au travail qui sont applicables à la fonction publique. À ce titre, il est notamment consulté sur tout projet d'aménagement important modifiant les conditions de santé, de sécurité ou les conditions de travail. Il participe également à l'analyse et à la prévention des risques professionnels par le biais, notamment, de la visite régulière des sites relevant de sa compétence et d'enquêtes menées en matière d'accident de travail, de service et de maladie professionnelle.

Le projet qui vous est présentement déféré vise à modifier l'édifice ainsi mis en place par les lois successives relatives à la fonction publique.

Le titre Ier du projet de loi de transformation de la fonction publique se donne pour objectif de « *promouvoir un dialogue social plus stratégique et efficace dans le respect des garanties des agents publics* », en faisant évoluer « *l'architecture* », les « *attributions* » et le « *fonctionnement des instances de concertation* », afin « *d'insuffler une nouvelle dynamique dans les relations sociales, au plus près du terrain, et de dépasser les seuls enjeux de gestion statutaire des agents publics pour renforcer la prise en compte des enjeux relatifs au collectif de travail*[6] ».

Pour cela, le projet de loi :

- restreint le périmètre du principe de participation (article 1er) ;
- institue dans les trois versants de la fonction publique une instance unique issue de la fusion des CT et des CHSCT, appelée comité social d'administration dans la fonction publique d'État, comité social territorial dans la fonction publique territoriale et comité social d'établissement dans la fonction publique hospitalière (article 3) ;
- restreint les attributions et réorganise l'architecture des CAP (article 4) ;
- supprime la consultation préalable des CAP sur les décisions individuelles relatives aux mutations (article 11) ;
- recentre le rôle des CAP sur certaines situations individuelles (article 14).

Ces différentes dispositions apparaissent à cet égard manifestement contraires au principe constitutionnel de participation des fonctionnaires.

En premier lieu, l'article 1er du projet de loi restreint le champ d'application *ratione materiae* du principe de participation. En effet, alors qu'en l'état actuel du droit les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs délégués siégeant dans les CAP à l'examen de toutes les décisions individuelles relatives à leur carrière, l'article 1er du projet déféré prévoit que cet examen se limitera à certaines décisions individuelles dont la liste sera établie par décret en Conseil d'État. Rédigé en ces termes, c'est l'ampleur même de la réduction du champ d'application du principe de participation qui demeure incertaine, puisqu'elle dépendra d'un décret en Conseil d'Etat auquel la loi n'a fixé aucune borne. Or, il appartenait au législateur, à tout le moins, de fixer les critères permettant de déterminer selon leur nature ou leur degré d'importance les décisions individuelles devant relever de la compétence des « organismes

[6] http://www.assemblee-nationale.fr/15/projets/pl1802.asp

consultatifs ». Faute de telles précisions, la loi est entachée d'incompétence négative et est consécutivement susceptible de porter atteinte au principe de participation. En effet, selon les termes de votre décision 77-79 DC (cons.3), *« c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect des principes qui sont énoncés au huitième alinéa du Préambule, les conditions de leur mise en œuvre »*... ce qu'il n'a pas fait dans le cas de l'espèce.

En second lieu, sur la base des articles 4, 11 et 14 du projet de loi, les CAP ne seront ainsi plus compétentes notamment en matière d'avancement, de promotion interne, de mobilité de mutation. Leurs attributions seront recentrées sur certaines décisions défavorables aux fonctionnaires, comme les sanctions disciplinaires ou les licenciements pour insuffisance professionnelle. La régression des garanties légales du principe de participation est manifeste puisque les décisions prises en matière de mobilité, de promotion et de valorisation des parcours devront s'inscrire dans un cadre d'orientations générales fixées par des lignes directrices de gestion, édictées par l'autorité compétente après avis du comité social concerné. Un tel recul s'apparente, au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, à la privation de garanties légales d'une exigence constitutionnelle. S'il est en effet loisible au législateur de supprimer de telles dispositions, c'est à la condition de les remplacer par des mesures équivalentes en termes de garanties de l'effectivité du principe de participation.

Concrètement, quand les CAP examinaient jusqu'à aujourd'hui chaque décision individuelle relative à la carrière d'un fonctionnaire, le projet de loi prévoit seulement la consultation des comités sociaux pour l'édiction par les autorités administratives de lignes directrices de gestion qui définiront les orientations générales qui serviront de cadres pour les décisions prises par ces mêmes autorités sur des sujets aussi importants que l'avancement, la promotion ou la mutation des fonctionnaires. Or, cette mesure porte une atteinte majeure au principe constitutionnel de participation, car il est nécessaire de rappeler que les CAP constituent historiquement la contrepartie du fait que les fonctionnaires sont dans une position statutaire donnant à la puissance publique des pouvoirs exorbitants contrebalancés par l'obligation de présenter les décisions individuelles relatives à la carrière des fonctionnaires devant des organismes paritaires.

Enfin, l'article 3 du projet de loi supprime les CT et les CHSCT pour les remplacer par des comités sociaux. Or, ces comités sociaux ne comporteront pas systématiquement une formation spécialisée en matière de santé, de sécurité et de conditions de travail (FSSCT). Pour les comités sociaux d'administration et les comités sociaux d'établissement, cette formation ne sera obligatoirement instituée que dans les administrations et établissements publics dont les effectifs seront au moins égaux à un seuil fixé par décret en Conseil d'État. Pour les comités sociaux territoriaux, cette formation ne sera obligatoirement instituée que dans les collectivités territoriales et les établissements publics employant au moins 200 agents.

Selon l'étude d'impact de cet article[7], un seuil fixé à 300 agents pour l'institution obligatoire d'une FSSCT au sein du comité social conduirait dans 637 administrations et établissements publics relevant de la fonction publique d'État, 1 702 établissements publics

[7] http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/projets/pl1802-ei.pdf (page 43)

relevant de la fonction publique hospitalière et dans environ 45 000 collectivités territoriales et établissements publics à la disparition d'une telle formation.

Pour rappel, la direction générale de l'administration et de la fonction publique dénombre actuellement 2 054 CHSCT obligatoires et facultatifs dans la fonction publique d'État, environ 4 800 CHSCT dans la fonction publique territoriale et environ 2 200 CHSCT dans la fonction publique hospitalière[8], sachant que l'institution d'un CHSCT est obligatoire dans les versants territorial et hospitalier à partir d'un effectif de 50 agents.

Le projet de loi va donc entraîner la disparition de milliers d'instances chargées de contribuer à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des agents dans leur travail, en violation directe avec le principe constitutionnel de participation. Ici encore, une telle régression du champ d'application du principe de participation s'apparente manifestement à la privation de garanties légales d'une exigence constitutionnelle.

Sur la violation du principe d'indépendance des enseignants-chercheurs

Dans sa décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984[9], le Conseil constitutionnel a reconnu l'indépendance des professeurs d'université comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Vous aviez alors considéré « *qu'en ce qui concerne les professeurs [...] la garantie de l'indépendance résulte en outre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République* ».

Ce principe fut conforté et précisé par votre décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993[10], dans laquelle vous aviez souligné que « *par leur nature, les fonctions d'enseignement et de recherche exigent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et d'indépendance des enseignants-chercheurs soient garanties* » et rappelé « *qu'en ce qui concerne les professeurs, la garantie de l'indépendance résulte en outre d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République* ».

Enfin, dans votre décision n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2011[11], vous avez finalement inclus l'ensemble des enseignants-chercheurs dans le périmètre du principe d'indépendance en estimant « *que la garantie d'indépendance des enseignants-chercheurs résulte d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République* ».

Comme l'a écrit Olivier Beaud, Professeur en droit public à l'Université Panthéon-Assas, dans un article[12] daté du 5 juillet 2019, « *la soumission des fautes disciplinaires ou*

---

[8] http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/projets/pl1802-ei.pdf (page 37)
[9] https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/83165DC.htm
[10] https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1993/93322DC.htm
[11] https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201020_21QPC.htm
[12] http://blog.juspoliticum.com/2019/07/05/la-justice-universitaire-mise-sous-la-tutelle-du-conseil-detat-le-coup-de-grace-donne-au-principe-constitutionnel-dindependance-des-universitaires-1-2-par-olivier-beaud/#_ftn13

déontologiques des universitaires à une justice de type échevinal vient garantir l'indépendance que protège leur statut (...). *Ces juridictions universitaires spéciales, que sont les juridictions universitaires, forment une exception au droit commune de la fonction publique* (...). *Alors que pour les autres fonctionnaires les conseils de discipline ont un rôle seulement consultatif, l'essentiel de la compétence disciplinaire pour les universitaires (enseignants et étudiants) est exercé par des juridictions, soumises au contrôle de légalité du Conseil d'État, officiant comme juge de cassation* ».

En l'état actuel de notre droit, le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche (CNESR) est chargé, selon l'article L. 232-2 du code de l'éducation, de statuer en appel et en dernier ressort sur les décisions disciplinaires prises par les instances universitaires compétentes à l'égard des enseignants-chercheurs, des enseignants et des usagers. L'article L. 232-3 du code de l'éducation dispose, par ailleurs, que le CNESR statuant en matière disciplinaire est présidé par un professeur des universités, élu en leur sein par l'ensemble des enseignants-chercheurs, membres de cette juridiction. A cet égard, il convient de souligner que l'occupation de la présidence du CNESR statuant en matière disciplinaire obligatoirement par un professeur des universités est une condition qui découle directement du principe à valeur constitutionnelle d'indépendance des enseignants-chercheurs.

Or, l'article 15 ter du projet de loi prévoit de confier la présidence du CNESR statuant en matière disciplinaire à un conseiller d'État désigné par le vice-président du Conseil d'État et non plus par un professeur des universités.

Cette disposition apparaît donc manifestement contraire au principe à valeur constitutionnelle d'indépendance des enseignants-chercheurs.

Sur la violation de la liberté contractuelle

En l'état actuel de notre droit, un détachement, qui constitue l'une des quatre situations dans lesquelles un fonctionnaire peut être placé selon l'article 12 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, ne peut être prononcé qu'à la demande d'un fonctionnaire, que ce détachement concerne un autre emploi de la fonction publique ou hors fonction publique.

Le projet de loi qui vous est présentement déféré entend bouleverser ce régime juridique puisque son article 28 crée un dispositif de détachement d'office des fonctionnaires. Ainsi, lorsqu'une activité d'une personne morale de droit public employant des fonctionnaires est transférée à une personne morale de droit privé ou à une personne morale de droit public gérant un service public industriel et commercial, des fonctionnaires exerçant cette activité pourront être détachés d'office, pendant la durée du contrat liant la personne morale de droit public à l'organisme d'accueil, sur un contrat de travail conclu à durée indéterminée auprès de l'organisme d'accueil.

Concrètement, en cas d'externalisation dans le secteur privé d'une activité réalisée auparavant par des fonctionnaires, ces derniers pourront être détachés d'office auprès du prestataire privé, c'est-à-dire sans leur accord ni à leur initiative.

Une telle disposition apparaît manifestement contraire à *« la liberté contractuelle [qui] découle de l'article 4 de la Déclaration »* (Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000) puisque selon votre jurisprudence, le contrat est *« la loi commune des parties »* (Décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999).

Si l'on peut considérer à l'instar du Professeur Pierre-Yves Gahdoun que *« dès l'instant où les individus nouent des relations sur la base d'un contrat, ils produisent une norme gouvernant leur rapport juridique pendant un certain temps »*[13], encore faut-il qu'il y ait une rencontre de volonté à l'origine du contrat. En effet, *« la liberté contractuelle renvoie exclusivement à la formation du contrat, c'est-à-dire l'instant précis de l'échange des consentements. »*[14]

Au demeurant, il apparaît que le législateur n'a pas entouré de garanties suffisantes la mise en œuvre d'un tel régime au risque de laisser se produire de graves atteintes à la liberté contractuelle précitée. En effet, les fonctionnaires détachés d'office pourront certes demander la fin de leur détachement, mais l'article 28 ne leur donne pas la garantie de retrouver leur corps ou cadre d'origine ni même leur versant d'origine. En effet, son alinéa 5 dispose seulement que « *le fonctionnaire peut demander à ce qu'il soit mis fin à son détachement pour occuper un emploi au sein d'une des administrations mentionnées à l'article 2* » de la loi du 13 juillet 1983 précitée. Faute de précisions édictées par le législateur, il reviendra donc au pouvoir réglementaire de fixer le délai à partir duquel une telle demande pourra être formulée alors même qu'un tel délai constitue une garantie fondamentale pour les fonctionnaires conditionnant le respect de leur liberté.

Pour ces motifs, les député.e.s auteur.e.s de la présente saisine vous invitent à censurer cet article du projet de loi.

Sur le recours abusif aux contrats et les atteintes aux principes constitutionnels attachés à la notion de service public.(articles 7, 9, 9 bis, et 10)

Le projet de loi présentement déféré ouvre l'occupation des « emplois fonctionnels » des trois fonctions publiques à des contractuels (article 7) et étend la possibilité de recours aux contractuels pour les emplois permanents de toutes catégories (A,B,C) des fonctions publiques d'Etat et territoriale (articles 9,10) ainsi que pour des accroissements temporaires ou saisonniers d'activité dans la fonction publique hospitalière (article 9 bis).

---

[13] « Le Conseil constitutionnel et le contrat », in Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n°31, avril 2011.
[14] *Ibid.*

Ces dispositions sont en premier lieu contraire à l'article 6 de la DDHC de 1789 qui prévoit que *« 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. »*. Or le concours est la seule modalité de recrutement de nature à garantir une sélection fondée sur la capacité et *« sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents »*. En comparaison, les recrutements par voie contractuelle pourraient être marqués par l'opacité et mettre en place des relations professionnelles détachées de l'intérêt du service. En effet, ainsi que vous le mentionnez dans votre décision n° 2010-94 QPC du 28 janvier 2011, *« la nomination aux emplois supérieurs dans la fonction publique, dont les titulaires sont étroitement associés à la mise en oeuvre de [la politique du Gouvernement]* » ne peut se faire *« en méconnaissant les dispositions de l'article 6 de la Déclaration de 1789 en vertu desquelles son choix doit être fait en prenant en considération les capacités requises pour l'exercice des attributions afférentes à l'emploi »* (cons.4). S'agissant du recrutement de contractuels en lieu et place de fonctionnaires, il eut été à tout le moins nécessaire pour le législateur de réaffirmer cet impératif constitutionnel. Au demeurant, en évitant la voie du concours, les pouvoirs publics pourraient plus aisément s'abstraire du respect de l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires, qui, selon votre décision n° 76-67 DC du 15 juillet 1976 *« n'est susceptible de s'appliquer qu'entre les agents appartenant à un même corps »*.

En second lieu, faute de garanties établies par la loi, le recours à des contractuels apparaît manifestement contraire à l'intérêt des services publics : les garanties accordées aux fonctionnaires, comme les devoirs auxquels ils se trouvent assujettis sont destinées à assurer la qualité des services. En augmentant de manière substantielle la proportion de contractuels (40 % à terme), ce sont les missions qui ne pourront plus être assurées en dépit des « *principes inhérents au service public* » c'est-à-dire l'égalité, la neutralité et la continuité (votre décision du 5 août 2004, n° 2004-501 DC).

Enfin, certaines fonctions apparaissent à cet égard incompatibles avec la précarité de l'emploi contractuel. En considération de la continuité des règles posées par la loi – votées sans discontinuité sous les régimes républicains – vous pourriez, conformément à votre jurisprudence constante, dégager un Principe fondamental reconnu par les lois de la République d'exercice des fonctions régaliennes par des agents publics bénéficiant du statut de fonctionnaire. Ce nouveau principe aurait ainsi vocation à couvrir le champ des intérêts fondamentaux de la Nation.

A tout le moins, ces dispositions sont entachées d'incompétence négative puisqu'il appartient au législateur de fixer les bornes sur la nature des emplois concernés et l'environnement de travail à travers la détermination des « *garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires* » (article 34 de la Constitution). Il appartenait ainsi au législateur de déterminer les postes et domaines qui relèvent par nature de la fonction publique et de son statut protecteur, en particulier dans le cadre des missions régaliennes de l'Etat.

L'article 7 étend, pour les « emplois fonctionnels », la dérogation à la règle d'occupation des emplois permanents de la fonction publique par des personnes ayant la qualité de fonctionnaires à des emplois de direction de l'État, de la fonction publique territoriale, de la

fonction publique hospitalière, ainsi qu'à ceux des établissements publics concernés. L'accès à ces postes, auparavant limité aux fonctionnaires sauf dérogation, est substantiellement élargi à la voie de recrutement direct par contractualisation.

Selon les chiffres mêmes avancés par le Gouvernement (p 92-93) de l'étude d'impact, l'élargissement du recours au contrat induit par cet article 7 concernerait 3 800 emplois pour l'État, au moins 1 522 à 2 700 emplois pour la fonction publique territoriale et 81 pour la fonction publique hospitalière, ce qui aura pour effet que la majorité des emplois fonctionnels de la fonction publique pourraient potentiellement être intégralement occupés par des personnes n'ayant pas le statut de fonctionnaire.

- Pour la fonction publique d'État, le législateur renvoie notamment à un décret en Conseil d'Etat « *la liste des emplois concernés, les modalités de sélection permettant de garantir l'égal accès aux emplois publics ainsi que les conditions d'emploi et de rémunération des personnes recrutées (...)* », sans limiter le type d'emplois publics concernés, en particulier ceux relatifs à des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. En effet, non seulement le périmètre de cette liste n'est pas encadré, mais celui avancé par le Gouvernement dans son étude d'impact[15] indique que des emplois relevant de fonctions de souveraineté régalienne (diplomatie, finances publiques en particulier) seraient concernés.

- Pour la fonction publique territoriale, l'ouverture concerne notamment les emplois fonctionnels de directeur général des services, directeur général adjoint, ce pour les départements, régions, communes et établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 40 000 habitants. Ceci aura pour effet concret que la quasi-totalité des « emplois fonctionnels » de collectivité territoriales aux dotations et aux populations importantes pourront être occupées par des contractuels.

En outre, le législateur renvoie pour les emplois fonctionnels de directeurs des établissements publics à un décret en Conseil d'Etat devant préciser la liste de ces « *établissements publics dont les caractéristiques et l'importance le justifient* ». Ni l'étude d'impact, ni l'exposé des motifs ou les débats parlementaires n'ont permis de préciser sur quels critères objectifs des « caractéristiques » et l'importance d'un établissement public justifieraient qu'un emploi fonctionnel soit nécessairement ouvert à un recrutement de contractuel.

- Pour la fonction publique hospitalière : l'ouverture concerne les « *autres emplois supérieurs hospitaliers mentionnés au deuxième alinéa de l'article 4* » (directeur général adjoint, directeur de service central, adjoint au directeur).

En outre, pour les emplois de directeur d'établissement, déjà ouverts à la contractualisation, il est mis fin à la formation obligatoire que ceux-ci doivent suivre « *à l'Ecole des hautes études en santé publique ou dans tout autre organisme adapté, une formation les préparant à leurs nouvelles fonctions.* », celle-ci étant remplacée par la seule mention « *une formation les préparant à leurs nouvelles fonctions* ».

---

[15] http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/projets/pl1802-ei.pdf page 92

L'article 9 étend pour la fonction publique d'Etat la possibilité de recourir à des contractuels sur ses emplois permanents : pour tous les emplois dans les établissements publics (à l'exception de ceux pourvus par les personnels de recherche) ; pour toutes les catégories (alors que seule la catégorie A était jusqu'ici concernée), avec pour seuls requis notamment :

- « ***lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient, notamment*** *: a) Lorsqu'il s'agit de fonctions nécessitant des compétences techniques spécialisées ou nouvelles ; » « b) Lorsque l'autorité de recrutement n'est pas en mesure de pourvoir l'emploi par un fonctionnaire présentant l'expertise ou l'expérience professionnelle adaptée aux missions à accomplir à l'issue du délai prévu par la procédure mentionnée à l'article 61* ; ». La formulation « *lorsque la nature des fonctions ou les besoins des services le justifient* », particulièrement floue, ouvre à l'arbitraire l'ouverture de tout emploi civil permanent de l'Etat, ceci étant notamment renforcé par le fait que le « *notamment* » qui suit est non limitatif. Au demeurant force est de constater que toutes « *compétences techniques spécialisées ou nouvelles* » peuvent en outre être acquises par un fonctionnaire par le biais de la formation professionnelle, dont le droit « tout au long de la vie » est par ailleurs reconnu aux fonctionnaires par l'article 22 de la loi du 13 juillet 1983.

- « *Lorsque l'emploi ne nécessite pas une formation statutaire donnant lieu à titularisation dans un corps de fonctionnaires.* ». En l'état du droit sauf exceptions limitées, la majorité des emplois permanents de l'Etat sont occupés par des fonctionnaires et ont donc pour pré-requis nécessaire la formation statutaire, comprenant par exemple l'apprentissage des fondements du service public et de la déontologie publique. Cette formulation impliquerait ainsi de laisser au pouvoir réglementaire le soin d'apprécier en quoi tout emploi permanent de l'Etat ne nécessiterait pas de formation statutaire, et donc mécaniquement en quoi tout emploi permanent de l'Etat n'aurait pas à être exercé par un fonctionnaire ayant, lui, suivi une formation statutaire.

Cet article ouvre ainsi aux contractuels, sur la base de critères flous ou laissés à l'appréciation du pouvoir réglementaire, voire même de chaque gestionnaire de chaque institution publique, la quasi totalité des emplois civils et permanents de l'Etat.

En outre, il est à noter que pour le nouveau 2° de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984, met fin à l'obligation que les contrats conclus sur ce fondement le soient à durée indéterminée, ce qui ouvre la voie aux autres types de contrats mécaniquement moins protecteurs, tels que les contrats à durée déterminée ou les « contrats de mission » prévus par l'article 8 du projet de loi en litige.

L'article 9 bis permet aux établissements relevant de la fonction publique hospitalière de recrutement des agents contractuels pour faire face à un accroissement temporaire ou saisonnier d'activité, sans que ne soit plus requise la condition : « *lorsque celui-ci ne peut être assuré par des fonctionnaires* ». Ceci implique que ces établissements n'auraient plus à organiser annuellement et pluriannuellement des emplois permanents occupés par des fonctionnaires, mais à organiser une sous-dotation mécanique qui serait cycliquement compensée par des

contractuels. En effet, sauf à ce qu'il soit précisé que la condition requise soit leur caractère « imprévisible », de nombreux accroissements « temporaires » ou saisonniers » d'activité existent selon les périodes de l'année.

En outre, il pose pour la première fois une distinction entre « *accroissement temporaire d'activité* », et « *accroissement saisonnier d'activité* », ce dernier pouvant faire l'objet de contrats pour une durée maximale de 6 mois sur une période de 12 mois consécutifs. En l'absence de définition précise de la notion de « temporaire » et de « saisonnier », et eu égard aux durées maximales respectives de chaque contrat (12 mois sur 18 consécutifs, 6 mois sur 12 consécutifs), ces contrats pourraient donc être manifestement détournés de leur objet pour substituer au recrutement de fonctionnaires celui d'emplois contractuels indéfiniment reconduits.

Ainsi, ces dispositions conduiront mécaniquement à un détournement du principe d'occupation d'emplois permanents par des contractuels en lieu et place de fonctionnaires.

L'article 10 ouvre à la possibilité de recours aux contractuels dans la fonction publique territoriale :

- quelle que soit leur catégorie (A, B, ou C), « *lorsque les besoins des services ou la nature des fonctions le justifient et sous réserve qu'aucun fonctionnaire n'ait pu être recruté dans les conditions prévues par la présente loi* »

- pour tous les emplois des communes de moins de 1 000 habitants et les groupements de communes regroupant moins de 15 000 habitants, pour les communes nouvelles issues de la fusion de communes de moins de 1 000 habitants sous conditions. Ceci aura nécessairement pour effet de mettre fin à la présence de fonctionnaires dans les communes et groupements de communes de petite taille populationnelle.

- pour tous les emplois des autres collectivités territoriales ou établissements mentionnés à l'article 2 de la loi du 26 janvier 1984 lorsque la quotité de temps de travail est inférieure à 50%.

Ceci aura mécaniquement pour effet d'augmenter substantiellement le nombre d'agents contractuels de toutes les collectivités territoriales.

La combinaison de ces articles 7, 9, 9 bis et 10 aura ainsi pour effet l'augmentation inédite du nombre de contractuels sur des emplois permanent jusqu'ici occupés par des fonctionnaires. Si la proportion de contractuels sur le nombre d'agents publics s'élevait à 17,6 % au 1er janvier 2017, le Gouvernement envisage qu'avec cette réforme celui-ci atteigne à terme les environs de 40%[16].

Ceci aura pour effet qu'une grande majorité de fonctionnaires verront leurs garanties fondamentales matériellement remises en cause. En effet, leurs supérieurs hiérarchiques,

---

[16] http://www.assemblee-nationale.fr/15/cri/2018-2019/20190236.asp Débats à l'Assemblée nationale en séance publique le 16 mai 2019

collègues et éventuels subordonnés seraient ainsi dans de nombreux environnements de travail non plus des fonctionnaires statutaires, mais des contractuels, mécaniquement plus en contrats dits précaires (contrats à durée déterminée, contrats de mission) qu'en contrats à durée indéterminée.

Sur le droit de grève

L'article 20 ter prévoit la possibilité pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics d'instaurer un « service minimum » pour certains services publics[17] en cas d'exercice de leur droit de grève par les agents publics concernés. Des « *accords* » prévoyant cette garantie de continuité du service public pourraient ainsi être négociés et signés entre l'autorité territoriale et les organisations syndicales qui disposent d'au moins un siège dans les instances représentatives des agents publics. Ils entreraient en vigueur après approbation par l'assemblée délibérante concernée. En cas d'échec des négociations douze mois après leur début, le contenu de cet accord peut être établi par la seule délibération de l'organe délibérant concerné.

Il est tout d'abord à noter que l'instauration de telles restrictions au droit de grève concerne des services dont l'interruption en cas de grève contreviendrait « *à l'ordre public (...) ou aux besoins essentiels des usagers de ces services* ». Or, la notion juridique de « *besoins essentiels des usagers* » est floue et difficile à évaluer ou à justifier, sauf à entraver tout exercice du droit de grève. A titre d'exemple, il semble manifeste que l'accueil des enfants de moins de trois ans ou un service de restauration collective et scolaire ne peut qu'intégralement mobiliser tous ses agents publics, et ne pourrait fonctionner en cas de grève partielle. De plus en ce qui concerne le critère d*« ordre public* », si vous avez estimé conforme les dispositions relatives au pouvoir de réquisition du préfet sur un tel fondement (article L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales dans votre décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003), cet article instaurerait un pouvoir de fait équivalent, sur le fondement de « *l'ordre public* », mais confié à l'autorité délibérante des collectivités territoriales.

Ensuite, le lancement de ce processus serait à l'initiative de « *l'autorité territoriale et [d]es organisations syndicales (...)* », de même que la signature de tels accords, sans que ne soit précisé si pour l'initiative et/ou la signature, l'accord de toutes les organisations syndicales disposant d'au moins un siège est requis, ou seulement celui de quelques unes.

Il faut aussi noter que le lancement de ce processus de négociation visant à obtenir un tel accord induit mécaniquement, en cas d'échec de celui-ci, la possibilité, douze mois après leur

---

[17] « *services publics 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, de restauration collective et scolaire dont l'interruption en cas de grève des agents publics participant directement à leur exécution contreviendrait au respect de l'ordre public, notamment à la salubrité publique, ou aux besoins essentiels des usagers de ces services.* »

début, pour l'organe délibérant concerné de déterminer seul : « *les services, les fonctions et le nombre d'agents indispensables afin de garantir la continuité du service public* ». De par sa rédaction imprécise, cette disposition octroie un pouvoir discrétionnaire à l'autorité concernée, tant par le périmètre des fonctions que des services concernés, et aura pour effet d'être une réquisition d'office pour les agents concernés. En particulier, ni des critères de nécessité et de proportionnalité n'ont par ailleurs été détaillés par le législateur.

Le 9ème alinéa de cet article prévoit que : « *Lorsque l'exercice du droit de grève en cours de service peut entraîner un risque de désordre manifeste dans l'exécution du service, l'autorité territoriale peut imposer aux agents ayant déclaré leur intention de participer à la grève d'exercer leur droit dès leur prise de service et jusqu'à son terme* ». Ces dispositions méconnaissent directement le droit de grève, en ce que l'autorité territoriale dispose des déclarations 40 heures avant la tenue de la grève, ou dans des délais de 24 heures (6ème et 7ème alinéa) et est donc chargée d'adapter le service selon le jour et l'heure déclarés de la grève. En conséquence le 10ème alinéa qui prévoit notamment que les agents concernés (en particulier s'ils n'ont pas exercé leur droit de grève dès leur prise de service) peuvent être passibles de sanctions disciplinaires, ou que des sanctions disciplinaires peuvent être prises en cas de non information de façon répétée de l'intention de renoncer à participer à la grève ou de reprendre le service. En outre, le droit de grève étant par nature collectif, l'obligation de déclaration individuelle, dont la méconnaissance peut donner lieu à des sanctions, constitue une modalité d'individualisation d'un droit fondamental d'expression collective.

Enfin, cet article 20 ter aura pour effet de différencier l'exercice du droit de grève selon les collectivités territoriales et établissements publics concernés, ce alors même que le préambule de 1946 précise bien que le droit de grève s'exerce « *dans le cadre des lois qui le réglementent* ». Or en l'espèce, les modalités spécifiques déterminées par accord entre l'autorité territoriale et les organisations syndicales ou par l'autorité délibérante seule auront pour effet des modalités géographiques distinctes d'exercice du droit de grève.

Ainsi, les dispositions de l'article 20 ter méconnaissent manifestement le 7ème alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, et sont entachées d'incompétence négative.

*

* *

Par ces motifs et tous autres à déduire ou suppléer même d'office, les auteurs de la saisine vous demandent de bien vouloir invalider les dispositions ainsi entachées d'inconstitutionnalité.

Nous vous prions de croire, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Membres du Conseil Constitutionnel, en l'expression de notre haute considération.